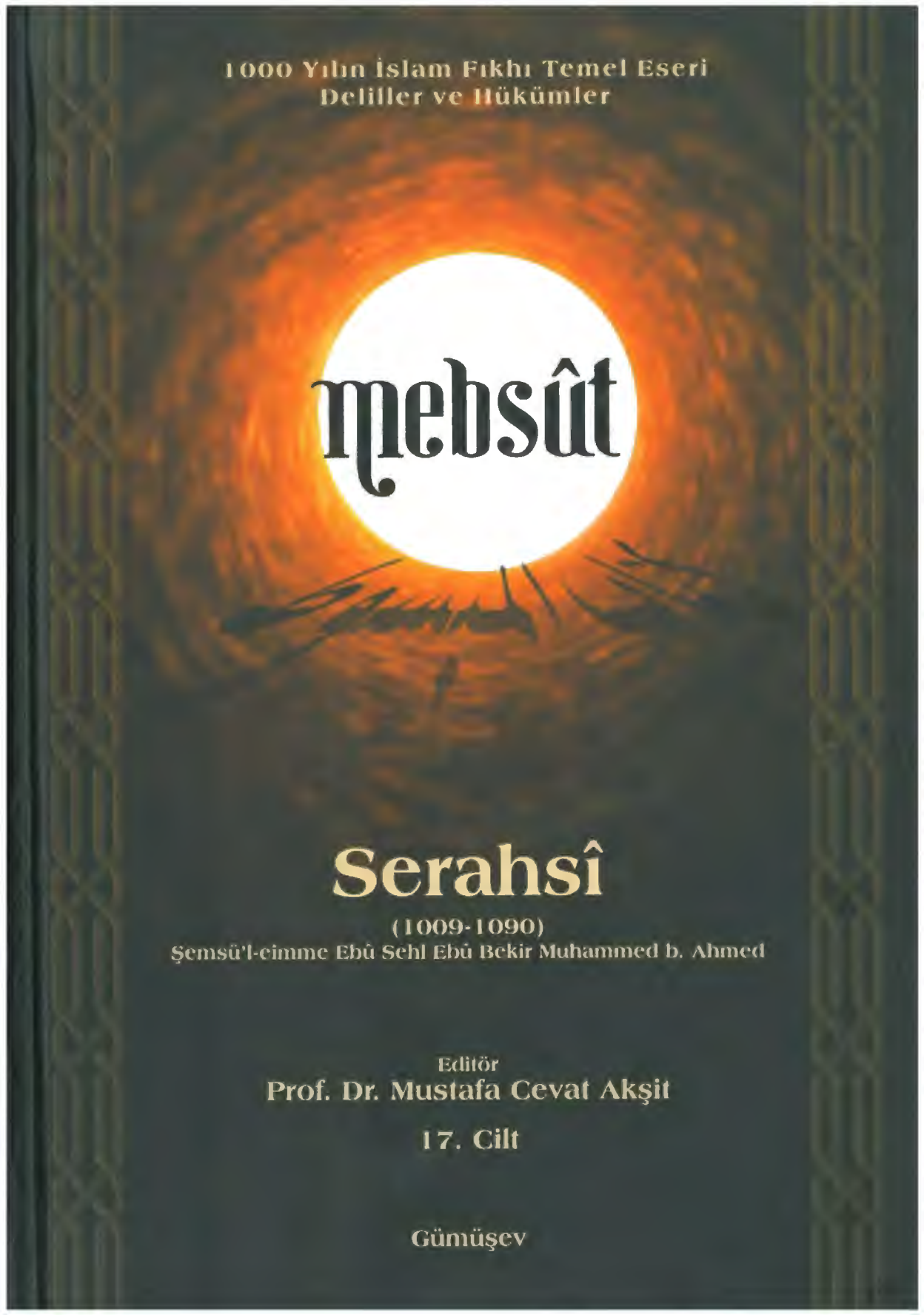
1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri
Deliller ve Hükümler

Mebsût



Serahsî

(1009-1090)
Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed

Editör
Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit

17. Cilt

Gümüşev

17. CİLT TERCÜME ve TASHİH HEYETİ

Sayfa	Tercüme Eden	Tashih Eden
2-142	OSMAN GÜMAN	PROF.DR. FAHRETTIN ATAR
142-184	SONER DUMAN	PROF.DR. FAHRETTİN ATAR
184-200	SONER DUMAN	PROF.DR. FAHRETTİN ATAR

Not:

Eserin tamamı Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit tarafından kontrol edilmiş ve dipnotlarla zenginleştirilmiştir.

Gümüşev Yayınları No: 1
ISBN: 978-605-5779-00-9

"Mebsut kitabının bütün yayın hakları Gaye Vakfına ait olup, 3000 adeti kapsayan birinci baskısının yayın hakkı Gümüşev yayıncılığa devr edilmiştir."
Gaye Vakfı'nın yazılı izni olmadan çoğaltılamaz.

Baskı-Cilt
Ege Basım
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No:8 Göztepe / İstanbul
www.egebasim.com.tr / ege@egebasim.net ~Tel: +90 216 472 84 01 ~ Fax: +90 216 472 84 05

İSTEME ADRESİ

GÜMÜŞEV YAYINCILIK
Merdivenköy Mah. Özlem Sk. Kansu Apt. No: 8/A Kadıköy/İstanbul
Telefon: +90 216 467 03 85 ~ Fax: +90 216 467 23 27
www.mebsut.com

İÇİNDEKİLER

EVLENME VE BOŞAMA KONUSUNDA TANIKLIKTAN DÖNME (I) 1

Bazı tanıkların kocanın zifafa girdiğine bazılarının girmeden boşadığına tanıklık etmeleri 1
Tanıkların bazısının bir, bazısının üç talaka tanıklık etmesi 2
Mehrin miktarına tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri 3
Bir kadını öldüren kişinin kocaya mehir ödemesi 4
Müt'anın gerekmesi 6
Müt'anın gerekmesi ve ne olduğu 8

TANIKLIKTAN DÖNME (II) 10

Zimmîlerin birbirlerine yaptıkları tanıklıktan dönmeleri 10
Zimmî tanıkların Müslüman olduktan sonra tanıklıktan dönmeleri 10
Zimmîlerin tanıklığı ile hakim karar vermeden dâvalının Müslüman olması 10
İftira cezasına çarptırılan tanıkların tanıklığı ile verilen hüküm 10
Gayri müslimin veya kölenin tanıklığı ile verilen hüküm 11

NESEP, VELÂ HAKKI VE MİRAS PAYLARI KONULARINDA TANIKLIKTAN DÖNME 21

Nesep dâvasına tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri 21
Öldürmeye tanıklık edenlerin kısastan sonra tanıklıktan dönmeleri 22
Miras bırakanın din değiştirdiğine tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri 22
Vasiyete tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri 24
Vesâyete tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri 25

TANIKLIK ÜZERİNE TANIKLIKTAN DÖNME (I) 26

Olaya tanıklık ile tanıklığa tanıklık 26
Asıl tanıkların fer tanıkları yalanlamaları 28

Mahkeme haricinde tanıklıktan dönme ... 28
Asıl ve fer'î tanıkların hepsinin tanıklıktan dönmeleri ... 29

HAD CEZALARINDA VE DİĞER CEZALARDA TANIKLIKTAN DÖNMEK (II) ... 29

Hırsızlığa tanıklık eden tanıkların cezanın infâzından sonra dönmeleri ... 29
Zinaya tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri ... 30
Birden çok şeye tanıklık eden tanıkların bazı tanıklıklardan dönmeleri ... 30
Recim cezası uygulanırken tanıkların dönmeleri ... 31
Alacağa sulh yapıldığına tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri ... 32
Kısas veya diyeti gerektiren suçu affa tanıklık edenlerin dönmeleri ... 32

TANIKLIKTAN DÖNME (III) ... 37

DÂVA KİTABI ... 38

İnsanlar arasındaki anlaşmazlıkları çözümleme yolu ... 38
Delil dâvacıya, yemin inkarcıya aittir ... 39
Dâvacının tanımı ... 39
Dâvacıya yemin ettirilme durumu ... 40
Bir tanık ve dâvacının yemini ile hüküm verme ... 41
Dâva çeşitleri ... 41
Sadece iddianın hak sahibi olmayı gerektirmemesi ... 41
Yeminin dâvacının isteği ile gerekmesi ... 42
Dâvacı ve dâvalının biri birinden ayrılması ... 43
Dâvada delilin durumu ... 45
Bir kimsenin, elindeki malın yabanda olan birisine ait olduğunu ikrar etmesi ... 52
Adı soyadı bilinmeyen bir kimsenin tanınmış olmaması ... 54

MİRASTA DÂVA ... 58

İki ayrı kişinin, birinin elindeki malda miras iddia etmesi ... 58
Dâvada delillerin eşit olması durumunda yapılacak işlem ... 58
Dâvacılardan birinin tanıklarının tarih belirtip, diğerinin tanıklarının belirtmemesi ... 60

ZİMMET EHLİNİN MİRAS KONUSUNDAKİ TANIKLIĞI ... 69

Ölenin geride Müslüman ve gayri müslim iki oğul bırakması ... 69
Müslümanın ve kâfirin delil getirmesinde tercih ... 69
Zımmîlerin Müslüman lehine veya birbirleri lehine tanıklıkları ... 71
Ölenin dini konusunda oğluyla kardeşinin anlaşmazlığı ... 73
Ölenin dini konusunda eşinin ve çocuklarının anlaşmazlığı ... 73
Gayri müslim ana-baba ile Müslüman torunun anlaşmazlığı ... 75
Kelâlenin tanımı ... 76

DÂVADA VE DİĞER KONULARDA ZAMANLARIN FARKLILIĞI ... 78

Delil karşısında zilyetliğin durumu ... 78
Gerçeğe uymayan delilin durumu ... 79

Kesin olan tarihin ihtimalli olana tercih edilmesi ... 80
Bir malı çeşitli yollarla mülk edinme iddiaları olduğunda uygulanacak yöntem ... 85
Karşılıklı ödemeyi gerektiren akitlerin diğerlerinden güçlü olması ... 86
Taşınır mallarla ilgili dâvada malların mahkemeye getirilmesi ... 91
Taşınmaz mallarla ilgili dâvada malın belirtilmesi ... 91

HAYVAN YAVRUSU HAKKINDA DÂVA ... 92

Kıyasa aykırı olarak sabit olan bir hükme başka bir şeyin kıyaslanmaması ... 93
İki kişinin bir hayvanı iddia edip, hayvanın yaşının birisinin belirttiği tarihe uygun düşmesi ... 94
Hayvanda mülkiyet iddia edenlerin tarihte anlaşmazlığı ... 95
İki kişinin aynı kumaşta mülkiyet iddia etmeleri ... 95
Yapımı tekrarlanabilen mallarda mülkiyet anlaşmazlığı ... 96
Bahçenin mülkiyeti konusunda görüş ayrılığı ... 97
Nesebin tespitinde, uzman görüşünün etkisi ... 100
İki kadının buluntu bir çocuğu iddia etmeleri ... 103
Zilyet olmayan iki kişinin mülkiyet dâvasında bulunması ... 104
Bir işi yapmanın, yapılanda mülkiyet ifade etmemesi ... 105
Tarlaya mâlik olmanın ürüne de mâlik olmayı gerektirmesi ... 106
Gasbedilen hayvanın yavrusu ... 108
Mutlak mülkiyet dâvası ile hayvanın yavruladığına dâva ... 111

DOĞUM VE NESEPTE TANIKLIK ... 115

Zilyetlikle delilin karşılıklı bulunması durumunda hüküm ... 115
Nesep dâvasında taraflardan birisinin anneyi belirtip, diğerinin belirtmemesi ... 116
Bir kadının elindeki çocuğu başka bir kadının iddia etmesi ... 118
Müslümanla zimmî arasında nesep dâvası ... 119
Ehl-i kitaptan birisi ile bir dinsizin nesep iddia etmesi ... 120
Müslüman köle ile gayri müslim özgürün nesep iddiası ... 120

BİR GRUP KİMSENİN BİR EV HAKKINDAKİ DÂVASI ... 121

Bir malda hak iddia edenlerin iddia ettikleri oranların toplamının malın bütününden fazla olması ... 121
Bir malı üç kişinin farklı oranlarla iddia etmesi ... 122
İki kişiden birisinin malın tamamını, diğerinin de yarısını iddia etmesi ... 122

DUVAR VE YOLLA İLGİLİ DÂVALAR ... 126

İki kişinin bir duvarda hak iddia edip, birisinin duvarda kirişinin olması ... 126
Duvar üzerindeki kamışın zilyetlik ifade etmemesi ... 126
Sahipleri farklı olan alt ve üst kat ... 130
İki katlı ortak binanın yıkılması durumunda yeniden yapılması ... 132
Ortak olan bir evin yıkılması ... 133
Bir kimsenin, başka birinin avlusuna açılan kapısının olması ... 133
Bir evin oluğunun başka birisinin evine/avlusuna akması ... 135

BİR ŞEYDE İKİ AÇIDAN DÂVA 137

Davacının iddiası ile tanıkların tanıklığının çelişmesi 137
Dâvacının iddiaları ile tanıkların tanıklıkları arasındaki çelişkinin giderilmesi durumu 138
İddia ile tanıklık arasında sözdeki değil içerisindeki uygunluğun esas alınması 139

ÇOCUĞUN NESEBİNİ İDDİA ETMEK 140

İkrar edilen nesebin reddedilmesi 140
Nesep konusunda şüphenin gerçek gibi olması 142
Hak ile gerçek mülkiyet çeliştiğinde, hakkın dikkate alınmaması 146
Nesebin başkasına ait olduğuna tanıklık edenin sonra kendisi için iddia etmesi 161
Çocuğun büyüdükten sonra, kendisini inkar eden kadından nesep iddia etmesi 161
İkizlerden birisinin nesebini iddia etmek ikisini de iddia etmek gibi olması 162
Bir kimsenin, oğlunun câriyesinin çocuğunun nesebini iddia etmesi 164
Farklı dinlerde olan baba oğulda, babanın oğul üzerinde velâyeti 168
Dedenin torunu üzerinde velâyet yetkisi 169

HAMÎL, KÖLE VE KAFİR (İN NESEBİ) KONUSU 169

Erkeğin ve kadının ikrarında bulunacağı konular 169
Kardeşlik ikrarının durumu 171
Nesep ikrarında, nesebi ikrar edilenin doğrulaması 171
Kadının ikrarı ile nesep sabit olmaması fakat mirasçılığın geçerli olması 171
Kadının nesep ikrarında ebenin tanıklık etmesi 172
Kadının cinselliğini helal etmek 173
Mükâtebin, câriyesinin çocuğunda nesep iddia etmesi 174
Ana babadan birisi Müslüman diğeri gayri müslimse çocuğun Müslümanlığı 184
İslâm ülkesinde bulunan çocuğun Müslümanlığı 185
Buluntu çocuk (lakît) hakkında nesep iddia etme durumu 186
Müslümanın bulduğu çocuğun nesebini zimmînin iddia etmesi 187
Çocuğun nesebini iddia edenlerin farklı cinsiyet söylemeleri 189
Buluntu çocuğu hem Müslümanın hem zimmînin iddia etmesi 189
Eşlerden birinin dinden çıkması durumunda çocuğun nesebi 190
Farklı dinlerden olan eşlerden birisi Müslümansa çocuklarının da Müslüman olması 191
Müslüman olmayan eşlerle lanetleşme durumunda nesep 192

CARİYE OLAN EŞTEN VE DİĞER KADINLARDAN OLAN ÇOCUĞUN NESEBİNİ REDDETME 194

Bir kimsenin evli olduğu câriyenin doğurduğu çocuğu reddetmesi 194

SATICININ VE BAŞKASININ NESEP DÂVASI 200

Geçersiz nikahtan sonra gerdek olmuşsa bunun, nesep konusunda geçerli nikah gibi olması 203

CARİYELERDEN BİRİNİN KENDİNE AİT OLDUĞUNU İDDİA ETME 204

AKRABALIK İDDİASINDA BULUNMAK 209

Bir kimsenin, bir kadınla evlendiğini söylemeden, kadının çocuğunun nesebini ikrar etmesi 210
İki kişinin bir çocuğun nesebini iddia etmeleri 217

ÖLÜM HASTALIĞINDA OLAN BİR KİMSENİN, BİR ÇOCUĞUN NESEBİNİ İKRAR ETMESİ 218

Ölüm hastalığında nesep ikrarı 218

ZİNADAN VEYA GEÇERLİ NİKAHTAN OLAN ÇOCUĞUN NESEBİNİ İDDİA ETMEK 222

Zina ikrarı ile nesebin geçerli olmaması 222
Zinâ eden kadının çocuğunun doğuşuna ebenin tanıklık etmesi 222
Erkeğin zina ikrarında bulunup, kadının zina iddia etmemesi 223
Kadının zina ikrarında bulunup, erkeğin nikah iddia etmesi 223
Kocanın çocuğun nesebini inkar edip, kadının da doğrulaması 223
Aralarında evlilik yasağı bulunan erkek ve kadının evlenmeleri 224
Nesebin sübutu için karı-kocanın fiilen birleşmelerinin koşul olup olmayışı 224
Nesebi inkardan sonra ikrar 226
İkizlerden birinin nesebinin ispatı, diğerinin de ispatı olması 228
Lanetleşmeyle nesebi reddedilen bir erkek, lanetleşme yapanın kızıyla evlenememesi 229
Boşanan bir kadının çocuk doğurması 230

DOĞUM VE DOĞUMA TANIKLIK 232

İki tanığın farklı konularda tanıklığı 232
İki kişinin ikrara tanıklığı 232
Geçersiz nikahla evlilikten doğan çocuğun nesebi 233
Ergen ölmeyen kadının boşandıktan sonra çocuk doğurması 238
Ölen koca adına nesebin sübutu için doğuma tanıklık 240
Doğan çocuğun ölü veya diri olduğu konusunda, doğuranla mirasçılar arasında anlaşmazlık 241
Kolay dönüşlü (ric'î) talakla boşanan kadının doğurduğu çocuğun nesebi 241
Bir insanın birisinin babası olduğunu iddia etmesi 243

ÖZGÜR KILMA DÂVASI 246

Dâvalıya yemin ettirilmeyen dâvalar 250
Kadının çocuğu kendisinin doğurduğunu iddia edip, kocasının inkar etmesi veya aksi 250
Bir erkek ve kadının birlikte nesep iddiaları, evliliklerini göstermesi 254
Çocuğun nesebini erkeğin geçerli nikaha, kadının geçersiz nikaha bağlaması 255

ALDANMA **255**

Bagışlama kullanımlarında ödeme konusu 259
Lehine vasiyet edilenin kendisine vasiyet edilen malı kusur nedeniyle vasiyet edene satana geri vermesi 262
Bir kimsenin birisi ölen ikizlerin nesebini iddia etmesi 267
Bir kimsenin kardeş ikrarında bulunması 267

İKRAR **268**

İkrarın aklen delil oluşu 268
İkrarın delil olması konusunda naklî deliller 268
İkrar edilen şeydeki bilinmezlik 270
Gasp ikrarında bulunmak 270
Gasp ikrarında bulunanın, mal olmayan bir şeyi gasbettiğini açıklaması 271
Gasp ikrarında bulunanın, şarap gasbettiğini açıklaması 271
Gasp ikrarında bulunanın, köle gasbettiğini açıklaması 272
İkrar edilen şey için açıklananın orta seviyede olması 272
Bir kimsenin başkasının elinde bulunan bir malı gasbettiğini ikrar etmesi 273
Gasp ikrarında bulunan ile malı gasbedilenin gasbedilen mal konusundaki ihtilâfları 274
Lehine ikrarda bulunan kişideki bilinmezlik 274
Hakim karar verdikten sonra dâvalıların anlaşması 276
Babanın küçük çocuğunun malını alması gasp olmaması 278
Efendisi ile mükâtebin durumu 279
Sözden ayrı olan inşallah'ın durumu 280
"Ve" sözü 282
"ile"nin durumu 282
Keza ve keza sözlerinin durumu 282
...den, dan sözünün durumu 282
Taşınmaz malların gasbı 284

MUFAVADA ORTAKLARININ BORÇ İKRARINDA BULUNMASI **285**

Mufavada ortaklarından birisinin borç ikrarında bulunması 285
Sağlıklı iken sabit olan borç, ölüm hastalığında ikrar edilenden önce gelmesi 286
Asıldan borcun ertelenmesi, kefilden ertelenmeyi gerektirmesi 286
Ölüm hastalığındaki mufavada ortağının borç ikrarı 286
Ölüm hastalığındaki mufavada ortağın kefil olması 286
Sağlıklı olan mufavada ortağının, hasta olan ortağın mirasçısına borç ikrar etmesi 288

CENİN LEHİNE İKRARDA BULUNMAK **289**

Bir cenin için nedenini belirterek borç ikrarında bulunmak 289
Cenin için ikrarda bulunanın borca, imkansız bir neden belirtmesi 290
Cenin için nedeni belirtilmeden borç ikrarı 290

İKRARDA SEÇİM HAKKINA SAHİP OLMAK 291

İkrarda muhayyerlik 291
Muhayyerlik koşuluyla borç ikrarı 292
Kefillik ikrarında muhayyerlik koşulu 292
Ticaret yapmasına izin verilen çocuğun ikrarı 293
Baba ve vasînin çocuk aleyhine ikrarı 293
Çocuğun babası aleyhine borç ikrarında bulunması 294

بسم الله الرحمن الرحيم

EVLENME VE BOŞAMA KONUSUNDA TANIKLIKTAN DÖNME (I)

[17/2]

Bazı tanıkların kocanın zifafa girdiğine bazılarının girmeden boşadığına tanıklık etmeleri

Bir erkek ve iki kadın bir kimsenin eşini boşadığına, bir erkek ve iki kadın da eşiyle gerdeğe girdiğine tanıklık etse, hakim mehire ve boşamaya hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, gerdeğe tanıklık edenler mehrin dörtte üçünü, boşamaya tanıklık edenler dörtte birini öderler.

Çünkü boşamaya tanıklık edenler, kocayı mehrin yarısı ile, gerdeğe tanıklık edenler tamamıyla borçlandırmışlardır. Yalnızca gerdek tanıkları, tanıklık yapmış olsaydı hakim, kocanın mehrin tamamını ödemesine hükmedecekti. Dolayısıyla mehrin yarısı, kocanın ödemesini gerektirmeleri nedeniyle, gerdeğe tanıklık yapanlara özel olmuştur. Tanıklıktan dönme durumunda mehrin yarısını ödeme yükümlülüğü onlara aittir. Diğer yarısında ise ortaktırlar. Dolayısıyla tanıklıktan dönme durumunda ödeme yükümlülüğü, yarı yarıya her iki gruba aittir.

"Böyle değildir. Kocanın mehrin tamamını borçlanması nikahla gerçekleşmiştir. Dolayısıyla her iki grup tanık da, yaptığı tanıklıkla kocayı mehirden hiçbir şeyle borçlandırmamıştır" denilecek olursa şöyle cevap veririz:

Evet, mehrin tamamı nikahla gerekli olmuştur. Fakat bu gereklilik, kadından cinsel yararlanma hakkı karşılığındadır. Koca ise nikahın sona ermeyeceği bir şekilde, bu hakkını elinde tutmayı yitirmiştir. Ancak bunun için kocaya bir şey gerekmez. Bu, eşlerin ayrılmaları ile gerçekleşmiştir. Boşama tanıklarının tanıklığı olmasa koca mehrin yarısı ile borçlanmayacaktı. Gerdeğe tanıklık edenlerin tanıklığı olmasa mehrin bütününü ödemesi gerekmeyecekti. Fakat onlar, ayrılık olmadan önce kadının kendini kocasına teslim ettiğine tanıklık etmekle, kocayı mehrin tamamı ile borçlandırmış gibi oldular. (Boşamaya tanıklık eden) diğer iki tanık, kadının kendini kocasına teslim etmesinden önce, kocanın boşamasıyla ayrılığın gerçekleştiğine tanıklık etmekle kocayı, mehrin yarısı ile borçlandırmış oldular. Dolayısıyla tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu ödemeleri gerekir. Çünkü tanıklıkları ile, kocayı mehirle yükümlü kılmışlardır. Sanki bir grup tanık, mehrin yarısını, diğer grup mehrin tamamını kocadan gasbetmiştir.

Yalnızca gerdek tanığı (bir erkek) tanıklıktan dönse, mehrin dörtte birini öder. Çünkü gerdek tanıklarının ödemekle yükümlü olduğu mehrin yarısında iki kadın tanıklıkta devam etmektedir. Onların devam etmesiyle bu yarının yarısı devam eder. Dolayısıyla tanıklıktan dönen bu yarının diğer yarısını öder. Diğer yarıda ise delil ortadan kalkmamıştır.

Yalnızca boşama tanığı (bir erkek) tanıklıktan dönse hiçbir şey ödemez. Çünkü boşama tanıklarının tanıklığı ile gereken yarıda, delil devam etmektedir.

Gerdeğe tanıklık edenlerin hepsi tanıklıktan dönse, mehrin yarısını öderler. Çünkü diğer yarıda delil (tanıklık) ortadan kalkmamıştır.

[17/3] Boşama tanıklarının hepsi tanıklıktan dönerse hiçbir şey ödemezler. Çünkü mehrin tamamına yapılan tanıklıkta tam bir delil yani gerdek tanıkları devam etmektedir.

Boşama tanıklarından bir kadın ve gerdek tanıklarından bir kadın tanıklıktan dönse, gerdek tanıklarından olup tanıklıktan dönen kadın mehrin sekizde birini öder. Çünkü gerdek tanıklarının tanıklığı ile sabit olan yarıda bir erkek ve bir kadın tanıklıkta devam etmektedir. Dolayısıyla erkek ve kadının farklılığı nedeniyle mehrin yarısının dörtte üçünde delil devam etmektedir. Tanıklıktan dönen kadın ise mehrin yarısının dörtte birini öder. Boşama tanığı ise ödemekle yükümlü değildir. Çünkü o tanıklıktan döndükten sonra boşama tanıklarının tanıklığı ile sabit olan mehir borcunda tam bir delil devam etmektedir.

Tanıkların bazısının bir, bazısının üç talaka tanıklık etmesi

İki tanık, bir kimse eşiyle henüz gerdeğe girmemişken eşini bir boşamayla, diğer iki tanık da üç boşamayla boşadığına tanıklık etse, hakim de ayrılığa ve kadının mehrin yarısını alacağına hükmetse sonra tanıkların hepsi dönse, mehrin yarısını üç boşamaya tanıklık edenler öder. Bir boşamaya tanıklık edenlerin ise ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü üç boşamaya tanıklık edenlerin tanıklığı ile hükmetmiştir. Bu nedenle kadın başka biriyle evlenmeden önce ilk kocasına helal olmaz. Bunun anlamı şudur: Üç boşamayla, kadın eski kocasına haram olmuştur. Bu haramlık bir boşamayla gerçekleşmez. Çünkü nikahın haramlığı bölünmeyi kabul etmez. Hakim ise nikahın haramlığına hükmetmiştir. Bu da yalnızca üç boşamaya tanıklık edenlerin tanıklığının gerektirdiği bir durumdur. Buradan, hükmün onların tanıklığı ile verildiğini anlıyoruz. Dolayısıyla tanıklıktan dönme durumunda ödeme yükümlülüğü onlara aittir. Bu, söyleyeceğimiz şu mesele gibidir.

İki tanık bir kimsenin kurban bayramı günü eşine yaklaşmayacağına yemin ettiğine tanıklık etse, diğer iki tanık da kurban bayramı günü eşini boşadığına tanıklık etse, henüz aralarında gerdek olmadan hakim onları ayırsa ve kocanın yarı mehir ödemesine hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, ödeme yükümlülüğü îlâ (yemin)[1] tanıklarına değil, boşama tanıklarına aittir. Çünkü hakim ayrılığa îlâ

---

[1] **Îlâ / الإيلاء**: Kocanın hanımına yaklaşmamak üzere yemin etmesidir. Böyle bir yeminde bulunan kocaya "mûlî", kendisine îlâ yapılan kadına "mûlâ minhâ" denir. Îlâ üç kısma ayrılır:

a. Îlây-ı Muvakkat; dört ay, sekiz ay... gibi bir vakitle kayıtlı olan îlâdır.

b. Îlây-ı Müebbed; ebediyen yaklaşmamak üzere yapılan îlâdır.

tanıklığı ile değil, boşama tanıklarının tanıklığı ile hükmetmiştir. Bu, üç boşamanın, bir boşamadan başka olduğu konusunda Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin delilidir. Bunu, tanıklardan birinin bir boşamaya, diğerinin üç boşamaya tanıklık etmesi meselesinde açıkladık.

Mehrin miktarına tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

Bir kimsenin bir kadınla bin dirhem mehir karşılığında evlendiğine tanıklık etseler, bin dirhem o kadının emsal mehri olup hakim bu tanıklıkla hükmetse, koca eşine bin dirhemi verse, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, karı ve kocadan hangisi dâvacı olursa olsun tanıklar bir şey ödemekle yükümlü olmazlar. Çünkü kadın dâvacı ise tanıklar kocayı bin dirhem borçlandırmışlar, buna karşılık kocanın kadından cinsel yararlanma hakkının ispat etmişlerdir. Kadının cinselliği, kocanın mülkiyetine girince, değerli bir mal gibi olur. Çünkü koca kadının cinselliğine sahip olmaktadır. Bir şeye malik olmak ise mülkiyete konu olan şeyin mütekavvim (değeri olan bir şey) olmasını gerektirir. Bu istila (bir harp ülkesini ele geçirmek) gibidir. İstila ile harp ülkesi vatandaşı mülkiyet konusu olduğuna göre, doğrudan istila ile (başka bir tasarrufa gerek olmadan) değerli de olur. Telef edilen mala denk bir bedel karşılığında telef etmenin, ödeme yükümlülüğü gerektirmeyeceğini daha önce açıkladık.

Koca dâvacı ise tanıklar kadının cinselliğinde kocanın hakkını ispat ettiler. Onun karşılığında ona denk olan bin dirhemi almasını sağladılar. Kadının emsal mehri beş yüz dirhem olup koca inkar ediyorsa, tanıklar kocaya beş yüz dirhemden fazla olan miktarı öderler. Çünkü onu bin dirhem borçlandırdılar. Bin dirheme karşılık olarak beş yüz dirhem değerinde bir şeye malik olmasını sağladılar. Çünkü kadının cinselliğinin değeri, emsal mehirdir. Emsal mehirin üzerindeki beş yüz dirhemi ise karşılıksız olarak telef ettiler.

Dâvacı kadın ise, emsal mehri daha az olsun, daha çok olsun, tanıkların ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü tanıklar kadının cinselliğinin değerini değil, cinselliğini karşılıksız telef etmişlerdir. Cinsellik ise telef edene karşı değerli değildir. Ona sahip olana (kocaya) karşı değerlidir. Çünkü burada mülkiyete sahip olma zorunluluğu vardır. Bu nedenle tanıklar kadına hiçbir şey ödemezler. **[17/4]**

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise bin dirhem ile emsal mehir arasındaki farkı kadına öderler. (yani, kadının emsal mehri bin beş yüz dirhemse tanıklar kadına beş yüz dirhem öderler)

Meselenin aslı şudur: İki tanık, gerdek gerçekleştikten sonra kocanın eşini üç boşamayla boşadığına tanıklık edip, hakim aralarını ayırdıktan sonra, tanıklıktan dönseler, bize göre hiçbir şey ödemezler. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise kocaya emsal mehri öderler.

---

c. Îlây-ı Mechûl; belli bir müddet belirtilmeksizin veya ebediyet kaydı konulmaksızın yapılan îlâdır. Îlâ süresinde koca hanımına hiç yanaşmazsa bir bâin talak meydana gelmiş olur. Bu süre içinde hanımına yaklaşırsa kefaret gerekir.

Bir kadını öldüren kişinin kocaya mehir ödemesi

Aynı şekilde bir kimse kadını öldürse, bize göre öldüren, kocaya mehirden hiçbir şey ödemez. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise emsal mehri öder.

Kadın gerdek olduktan sonra dinden çıksa, kocaya bir şey ödemez. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise koca, eşini öldürenden ve dinden çıkması durumunda eşinden emsal mehri alır. Çünkü kadının cinselliği değerli bir şeydir. Kocanın mülkiyetine girdiği zaman değerli olduğuna göre mülkiyetinden çıktığı zaman da değerli olur. Çünkü kocanın mülkiyetine giren şey ile çıkan şey aynı şeydir. İki durumdan birinde değerli olmak diğer durumda da değerli olmayı gerektirir. Bu, köle mülkiyeti gibidir. Şöyle ki, köle mülkiyeti, baştan sabit olurken değerli olur. İptal yoluyla kaldırıldığı yani özgürlüğü verildiği zaman da değerli olur. Bu nedenle kölenin özgür olduğuna tanıklık edenler, tanıklıktan döndükleri zaman kölenin değerini öderler.

Cinselliğin değerli olduğunun diğer delili şudur: Gerdekten önce boşamaya tanıklık edenler, tanıklıktan döndüğü zaman, mehrin yarısını öderler. Boşama durumunda kadının cinselliği değerli olmasaydı bir şey ödemezlerdi. Bir şeyin değerli olduğu sabit olunca, "Mal olsun veya can gibi mal dışında bir şey olsun, telef etmekle ödenir" dedik.

Biz Hanefîlerin bu konudaki delilimiz ise şudur: Kadının cinselliğinin değeri, telef etme durumunda mal ile belirlenmez. Çünkü telef etmeden doğan ödeme yükümlülüğünün miktarı, dengi ile belirlenir. Kadının cinselliği ile mal birbirine ne içerik, ne de şekil açısından benzemez. Kocanın mülkiyetine girdikten sonra ise cinsellik üzerindeki mülkiyet değil, mülkiyetin konusu kadının cinsel organı değerli olur. Bunun nedeni de o yerin önemini göstermektir. Böylece kadın, değersizlikten korunmuş olur. Bedava elde edilmez. Çünkü koca bedava elde ettiği şeye fazla değer vermez. Bu ise, canların değeri gibi değerli olan bir yerdir. Çünkü nesil onun sayesinde meydana gelir. Cinsellik üzerindeki mülkiyeti kaldırma durumunda, bu anlam yoktur. Çünkü kadın kocasına karşı bir şey elde etmemekte, yalnızca kocanın kadının cinselliği üzerindeki mülkiyeti geçersiz olmaktadır.

Görmez misin sahip olunurken değerinden dolayı koşul koşulan tanıklar ve veli gibi koşullardan hiçbiri mülkiyet kaldırılırken (boşarken) koşul konulmamaktadır. Yine baba, küçük oğlunun malıyla onu evlendirse, bu evlilik geçerli olur. Küçük kızının malıyla onu kocasından mal karşılığı (hulu') yoluyla ayırsa, geçerli olmaz. Köle mülkiyeti ise böyle değildir. Köle mülkiyeti mal mülkiyetidir. Mal ise şekil ve anlam bakımından mala benzer. Dolayısıyla telef edilmesi durumunda mal ile ödenir.

Gerdekten önce boşama olduğuna tanıklık edilmesi de böyle değildir. Çünkü bu durumda tanıklar, kadının cinselliğinin değerini ödemezler. Cinselliğin değeri emsal mehirdir. Bize göre emsal mehirden hiçbir şey ödemezler. Belirlenen mehrin yarısını öderler. Çünkü tanıklar, düşmesi olası olan bir şeyi kocanın aleyhine

pekiştirmişlerdir. Kadın dinden dönünce, kocadan mehir borcu düşer. Kadın eşinin oğlunu şehvetle öptüğü zaman da böyledir. Dolayısıyla tanıklar düşmesi olası olan bir şeyi kocanın aleyhine pekiştirmiş oldular. Onu mehir borcuna soktular. İlk dönem fakihlerimizin açıklama tarzı böyledir.

[17/5] En güzeli şöyle demektir: Gerdekten önce ayrılığın gerçekleşmesi, konunun başında açıkladığımız düşünce tarzından dolayı, ayrılık koca tarafından gerçekleşmediğinde ve nikah için de hazırlanmamış olunca, mehrin tamamını düşürür. Tanıklar ayrılığı kocaya dayandırmakla kadın hakkında mehrin yarısında etkili olacak gerekçeye engel oldular. Sanki tanıklar, tanıklıkları ile kocayı mehrin yarısı ile borçlandırdılar. Dolayısıyla tanıklıktan dönmeleri durumunda kocaya öderler. Bunda da bir tür şüphe vardır. Çünkü oğul, babasının gerdeğe girmediği eşine zorla tecavüz etse, baba mehrin yarısını öder. Ödediği miktarı oğlundan ister. Halbuki oğuldan, ayrılığı babaya dayandıran hiçbir şey bulunmamıştır. Fakat biz şöyle diyoruz: Oğul, babasının eşine zorla tecavüz etmekle ayrılığın, babaya dayandırılarak gerçekleşmesini engelledi. Bu, babanın yarı mehri ödemesini gerektirir. Sanki oğul, babasını buna zorlamıştır.

Kısasın affedildiğine tanıklık edenlerin dönmeleri konusunda da aynı görüş ayrılığı vardır. Tanıklıktan dönmeleri durumunda bize göre hiçbir şey ödemezler.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise diyeti öderler. Çünkü kısas, öldürülenin yakınlarına ait olan değerli bir mülktür.

Görmez misin katil, ölüm hastalığında iken diyet üzerine sulh yapsa bu, malının tamamından ödenir. Tanıklar tanıklıkları ile onun malının elinden çıkmasına neden olmuşlardır. Bu nedenle dönmeleri durumunda her ne kadar mal değilse de verdikleri zararı öderler. Nitekim can, yanlışlıkla öldürme durumunda ödenmektedir.

Fakat biz şöyle diyoruz: Kısas mülkiyeti, yalnızca hakkı kullanmada söz konusu olması açısından, kocanın eşiyle cinsel ilişkiye girme hakkı gibidir. Kadının cinselliğinin değerli olmadığını açıklamıştık. Değerli olan, kadının cinsel organıdır. Kısas mülkiyeti de böyledir. Ancak sulh ile katil, diyeti, aslî ihtiyaçlarından olan bir şey karşılığında borçlanmaktadır. Kendi canını devam ettirebilmek için bu sulhu yapmaya muhtaçtır. Kendi ihtiyacı, mirasçısının ihtiyacından önceliklidir. Dolayısıyla bütün malından ödenir.

Ölüm hastalığında olan bir kadın, kocasından bir bedel karşılığında boşanmak (hulu') istediği zaman malı, aslî ihtiyaçlarından biri karşılığında yüklenmiş olmaz. Bu nedenle hulu' bedeli malının üçte birinden ödenir. Diğer yandan mülkiyet konusu, yani katilin canı, kurtulmaktadır. Can ise değerlidir.

Burada ise boşama ile kocanın mülkiyet hakkı, kadına yok olmaya yakın hiçbir şey kalmadan ortadan kalkmaktadır. Daha önce açıklamıştık ki yer/konu üzerine gelen mülkiyetin bir değeri yoktur. Telef edilmesi durumunda canın diyet ile

değerli olması ise canı heder olmaktan korumak ve değerini ortaya koymak içindir. Bu, kısas mülkiyetinde yoktur. Affetmek teşvik edilmiştir. Dolayısıyla bu yolla heder edilmesi güzel olmuştur. Çünkü kısasta hüküm bakımından hayat vardır. Affetmekte ise gerçek hayat vardır. Dolayısıyla burada telef edenin ödeme yükümlüsü kılınmasının, korumak anlamına gelmesi mümkün değildir.

Müt'anın gerekmesi

Koca eşine mehir belirlememiş iken tanıklar gerdekten önce boşamaya tanıklık etseler, hakim de tanıklıkla kadının müt'a[2] almasına hükmetse sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, tanıklar kocaya müt'ayı öderler. Çünkü mehir belirlenmemiş nikahta müt'a mehir belirlenmiş nikahtaki yarı mehir hükmündedir. Nasıl ki mehir belirlenmesi durumunda tanıklar tanıklıktan dönünce kocaya hakimin hükmettiği yarı mehri ödüyorlarsa burada da hakimin hükmettiği müt'ayı öderler.

[17/6]

Züfer (rh.a.) her iki meselede de tanıkların hiçbir şey ödemeyeceğini söyler. Çünkü mehrin tamamı kocaya nikah akdiyle gerekmiştir. Gerdekten önce boşamakla mehrin yarısı düşer. Onlar kocadan mehrin bir kısmını düşürmüşler, hiçbir şey ile borçlandırmamışlardır. Ödettirecek olsak bile kadına ödemeleri gerekir. Çünkü mehrin bir kısmındaki mülkiyetini onlar telef etmişlerdir.

Bizim açıklamamızda Züfer (rh.a.)'in bu iddiasına cevap vardır.

İki tanık, bir kimsenin bir kadınla bin dirhem mehir karşılığında evlendiğine tanıklık etse, koca bunu inkar etse, kadının emsal mehri beş yüz dirhem olsa, diğer iki tanık da bu kimsenin eşini gerdeğe girmeden boşadığına tanıklık etseler, hakim bu tanıklıkla hüküm verse, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, nikah ve boşama tanıklarından her biri iki yüz elli dirhem öder. Çünkü beş yüz dirhemden bin dirheme kadar olan kısım, nikah akdine tanıklık edenlerin tanıklığı ile kocanın karşılığında bir bedel olmaksızın borcu olmuştur. Bunun yarısı gerdekten önce gerçekleşen boşama ile düşmüş, diğer yarısı kalmıştır. Dolayısıyla tanıklıktan döndükleri zaman bunu öderler. Bu da iki yüz elli dirhemdir. Beş yüz dirhem ise karşılığında bir bedel ile kocanın borcu olmuştur. Dolayısıyla bu miktarda ödeme yükümlülükleri yoktur. Fakat gerdekten önce boşama gerçekleştiğine tanıklık edenler, kocayı bu yarının yarısı ile borçlandırmış gibidir. Ayrılığı kocaya dayandırdıkları zaman, düşürücü illet bunun işlevini yerine getirmesine engel olmuştur. Dolayısıyla tanıklıktan döndükleri zaman bunu öderler.

Diğer iki tanık da gerdeğin gerçekleştiğine tanıklık etse, hakim kocanın bin dirhemi ödemesine hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, nikah tanıkları emsal mehirin üzerindeki beş yüz dirhemi öderler. Çünkü kocayı karşılığı olmaksızın beş yüz dirhem ile borçlandırmışlardır. Diğer beş yüz dirhem ise

---

[2] **Müt'a Nikâhı:** Bir kadını belli bir mehir karşılığı geçici bir süre için nikahlamak. Şiîler bu nikah çeşidini caiz görür ve belirli kurallar dahilinde günümüzde de uygular.

kendisine denk bir karşılık ile kocanın borcu olmuştur. Dolayısıyla bu beş yüz dirhemden hiçbir şey ödemezler. Fakat bu beş yüz dirhemde, boşama tanıkları ve gerdek tanıkları kalmıştır. Dörtte üçünü gerdek tanıkları, dörtte birini de boşama tanıkları öder. Bu, konunun başında açıkladığımız meseledeki belirlenen mehrin tamamı hükmündedir.

İki tanık bir kadının gerdekten önce kocasıyla bedel karşılığı boşama (hulu') yaptığına ve kocasının mehiri düşürdüğüne tanıklık etseler, koca da bunu iddia ederken kadın inkar etse, hakim de bu tanıklıkla hüküm verse sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, mehrin yarısını öderler. Çünkü tanıklıkları olmasa kadın mehrin yarısını alacaktı. Çünkü kocanın ikrarı ile gerdekten önce ayrılık gerçekleşmiştir. Dolayısıyla tanıklar, tanıklıkları ile kadının alacağı yarı mehri telef etmişlerdir. Koca eşiyle ilişki kurmuş ve mehir borcu sabit olmuşsa, tanıklar mehrin tamamını öder. Çünkü tanıklıkları olmasa kadın kocasından mehrin tamamını alacaktı. Çünkü ayrılık kocanın ikrarıyla gerdekten sonra gerçekleşmiştir. Tanıklar, kadının hulu' yaptığına ve mehirden akladığına (ibra) tanıklık etmekle mehrin tamamını telef etmişlerdir. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda diğer borçlarda ibraya tanıklık edenler gibi, mehrin tamamını kadına öderler.

Bir kimse bir kadınla yüz dirhem mehir karşılığında evlendiğini iddia etse, kadın da "Hayır, bin dirhem karşılığında evlendi" dese ve bu bin dirhem kadının emsal mehri olsa, sonra koca iddia ettiği şeye iki tanık getirse, hakim de koca eşiyle gerdeğe girmişken bu tanıklıkla hüküm verse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre kadına dokuz yüz dirhemi öderler. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hiçbir şey ödemezler. Bu görüş ayrılığı, Kitabu'n-Nikah'ta geçen şu meseleye dayalıdır: Karı koca mehirde anlaşamasa ve emsal mehir kadının söylediği miktar olsa, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre kadının sözü kabul edilir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre kocanın sözü kabul edilir. Tanıkların tanıklığı olmasaydı hakim kocanın eşine bin dirhem vermesine hükmedecekti. Dolayısıyla tanıklar, tanıklıkları ile dokuz yüz dirhemi telef etmişlerdir. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu öderler.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise mehir konusunda kocanın sözü kabul edilir. [17/7]
Dolayısıyla tanıklar kadının hiçbir şeyini telef etmemiştir. Bununla ortaya çıkıyor ki Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre kocanın on dirhemden aşağı bir miktarı iddia etmesi kabul edilmez. Emsal mehirden çok eksik bir miktarı iddia etmesi durumunda ise kocanın sözü kabul edilir. Nitekim o meselede bunu açıklamıştır.

Koca eşini gerdekten önce boşasa, tanıklar kadına ittifakla hiçbir şey ödemezler. Çünkü boşamadan sonra kocanın sözü kabul edilir. Nitekim (Muhammed (rh.a.)) bunu, Kitabu'n-nikah'ta söylemiştir. Bu nedenle tanıklar kadına bir şey ödemez. *el-Asl*'ın bazı nüshalarında kadına dört yüz elli dirhem ödeyecekleri söylenir. Şayet bu gerçekse *el-Cami*'de söylediği boşamadan sonra

müt'anın tahkimi (hakem kılınması) meselesine dayalıdır. Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre müt'ası beş yüz dirhem ise tanıklar elli dirhemin üzerini telef etmişlerdir. Bu da dört yüz elli dirhemdir. Bu nedenle bunu öderler.

Kadın evliliği ikrar etmemişse tanıklar hiçbir şey ödemezler. Çünkü tanıklıkları ile kadının hiçbir malını telef etmemişlerdir. Yalnızca cinselliği üzerindeki mülkiyeti telef etmişlerdir. Cinselliğin, onda hak sahibi olan (kocadan) başkasına karşı değerli olmadığını açıklamıştık.

Bir kadın kocasıyla, her ay on dirhem nafaka almak üzere sulh yaptığını iddia etse, koca da "Seninle beş dirhem vermek üzere sulh yaptım" dese; iki tanık on dirheme sulh yaptığına tanıklık yapsa ve hakim bu tanıklıkla hüküm verse sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kadının emsal (o durumda olan kadınların) nafakası on dirhem veya daha fazla ise, tanıklar ödemeyle yükümlü olmazlar.

Çünkü emsal nafakası konusunda kadının sözüne itibar edilir. Tanıklar kocaya karşılıksız bir şey yüklemiş değillerdir. Eğer kadının emsal nafakası on dirhemden az ise, tanıklar aradaki geçmişe ait farkı öderler. Çünkü onların tanıklığı olmasaydı emsal nafakadan fazla olan miktarı inkârında kocanın sözü kabul edilecekti. Bunu, tanıklarıyla onlar yüklenmişlerdir.

Hakim bir kadının mehrine veya müt'asına, ya da nafakasına hükmetse, bir süre geçtikten sonra iki tanık kadının hakimin hükmettiği şeyi aldığına tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hüküm verse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler kadına o miktarı öderler. Çünkü o, kadının kocasından almayı hak ettiği bir borçtu. Çünkü kadının nafakası hakimin hükmüyle kocanın borcu olur. Biz daha önce borcun alındığına tanıklık etmenin tanıklıktan dönme durumunda, ödeme yükümlülüğünü gerektirdiğini açıklamıştık. Çocuk ve hakimin nafaka almasına hükmettiği her yakın akraba böyledir.

Bu *el-Câmî*'deki rivayettir. Muhammed (rh.a.) orada "Yakın akrabanın nafakası hakimin hükmü ile borç olur" demiştir. Kitabu'n-nikahtaki rivayetine göre ise "Süre geçtikten sonra bu, hakim hükmetse bile borç olmaz" demiştir. Bu rivayete göre kadının nafakasını aldığına tanıklık edenler hiçbir şey ödemezler. Biz, yazdırdığımız *el-Camiu's-sağîr* şerhinde iki rivayet arasının nasıl uzlaştırılacağını açıkladık.

Müt'anın gerekmesi ve ne olduğu

İki kişi boşamaya, iki kişi de gerdeğin gerçekleştiğine tanıklık etse, sonra boşama tanıkları ile gerdeğe tanıklık edenlerden birisi tanıklıktan dönse, hepsi mehrin yarısını öderler. Gerdeğe tanıklık eden bunun yarısını öder; kalan yarıyı üçte birer olarak öderler.

[17/8]

Çünkü gerdek tanıklarının tanıklığı ile kocanın ödemesi gereken yarıda, tanıklardan birisi tanıklıkta devam etmiştir; dolayısıyla o yarının yarısından (mehrin dörtte birinde) delil devam etmektedir. Bu nedenle gerdek tanıklarından dönen bu

yarının yarısını öder. Geriye kalan yarıda da tanıklardan birinin tanıklıkta devam etmesiyle delil devam etmektedir. O yarının yarısında delil ortadan kalkmıştır. Bu, onların hepsinin tanıklığı ile sabit olmuştu. Dolayısıyla tanıklıktan dönme durumunda bu yarının onlar tarafından üçte bir oranlarla olarak ödenmesi gerekir.

Bir kimse gerdeğe girmeden ve mehir belirlemeden önce eşini boşasa ve iki tanık, kocanın eşiyle müt'a yerine bir köle vermek üzere sulh yaptığına ve köleyi eşine teslim edip, onun da teslim aldığına tanıklık etseler, fakat kadın bunu inkar etse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kadının müt'asını öderler. Müt'a; evinde giydiği cinsten üç elbisedir. Tanıklar kadına kölenin değerini ödemezler.

Çünkü kadının asıl hakkı, müt'adır. Onlar tanıklıkları ile bunu telef ettiler. Köle ise tanıklık olmasa kocanın mülkü olacaktı. Bu nedenle köleyi kadının teslim aldığına tanıklık etseler bile onu ödemezler. Çünkü kölenin kadına verilmesinin gerekliliği, yapılan tanıklık iledir. Kadın ise bunu inkar etmektedir. Bu nedenle kadının daha önce geçen inkarına rağmen tanıklara kölenin değerini ödettirme hakkı yoktur. Ancak asıl hakkı olan müt'ayı ödettirebilir. Emsal mehri on dirhem ise, tanıklar kadına beş dirhem öderler. Çünkü müt'a ile, emsal mehrin yarısı kastedilmez. Onların tanıklığı olmasaydı, kadın bu beş dirhemi alacaktı. Dolayısıyla tanıklıktan dönmeleri durumunda bu beş dirhemi öderler.

İki tanık, boşamaya, iki tanık gerdeğe tanıklık etse, koca eşine mehir belirlememiş olsa hakim de bu tanıklıkla hüküm verse sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, boşama tanıkları müt'anın yarısını, gerdek tanıkları da geriye kalanını öderler.

Çünkü mehir belirlenmemiş olan evlilikteki müt'a, belirlenmiş olan mehrin yarısı gibidir. Biz yukarıda açıkladık ki boşama tanıkları, belirlenen mehrin dörtte birini öderler. Burada da böyledir. Müt'anın yarısını öderler. Emsal mehir tamamlanıncaya kadar olan kısım ise gerdek tanıklarının tanıklığı ile sabit olmuştur. Dolayısıyla tanıklıktan dönünce bunu öderler.

İki tanık bir kimsenin elinde olan iki yüz dirhemin falanca kimseye ait olduğuna tanıklık etse, diğer iki tanık da iki yüz dirhemden yüz dirhemin o kimseye ait olduğuna tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hükmetse, sonra iki yüz dirheme tanıklık edenlerden biri tanıklıktan dönse, elli dirhem öder. Çünkü yüz dirhem miktarı onun ve arkadaşının tanıklığı ile sabit olmuştur. Arkadaşı tanıklıkta devam ettiği için bu yüz dirhemin yarısında delil devam etmektedir. Dolayısıyla diğer yarıyı yani elli dirhemi öder. Yüz dirheme tanıklık edenlerden birisi daha tanıklıktan dönerse hiçbir şey ödemez. Çünkü yüz dirhem miktarı dört kişinin tanıklığı ile sabit olmuştur. Yüz dirheme tanıklıkta iki kişi devam etmektedir. Dolayısıyla tanıklıktan dönenler hiçbir şey ödemezler. Allah doğruyu daha iyi bilir.

TANIKLIKTAN DÖNME (II)

Zimmîlerin birbirlerine yaptıkları tanıklıktan dönmeleri

Zimmet ehlinden olan iki tanık zimmet ehlinden birinin, diğer bir zimmîden mal, şarap veya domuz alacağı olduğuna tanıklık yapsa ve hakim bu tanıklıkla hüküm verse sonra tanıklar tanıklıktan dönse malı, şarabın dengini ve domuzun değerini öderler. Şarabın değeri domuzun değeri gibidir.

Çünkü tanıklıktan dönmekten doğan ödeme yükümlülüğü gasbetmekten ve telef etmekten doğan ödeme yükümlülüğü gibidir. Bu konuda zimmet ehli ile Müslümanlar arasında fark yoktur. Şarabın dengini, domuzun değerini öderler. Tanıklar Müslüman olduktan sonra tanıklıktan dönseler yine domuzun değerini öderler. Çünkü domuz mislî mallardan değildir. Telef etmeleri nedeniyle değeri ödemekle yükümlü olmuşlardır. Tanıklıktan sonra Müslüman olmaları bunun geçerliliğine engel olmaz. Muhammed (rh.a.)'e göre şarapta da değeri öderler. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre şarabı telef ettikten sonra onlardan Müslüman olmalarına binaen hiçbir şey ödemezler. Bunu gasp konusunda açıklamıştık.

[17/9]

Zimmî tanıkların Müslüman olduktan sonra tanıklıktan dönmeleri

Tanıklar Müslüman olmayıp aleyhine tanıklık edilen Müslüman olsa, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, domuzun değerini öderler. Şarabın değerini ödemezler. Çünkü şarabın dengini ödemeleri gerekmişti. Alacaklının Müslüman olmasından sonra şarap alacağı, bedelsiz olarak düşer. Çünkü tanıklar açısından aleyhine tanıklık yapılan kimse alacaklıdır. Domuzun telef edilmesi ise değeri gerektirir. Alacaklının Müslüman olması, değerin devam etmesini ve borçludan alınmasını engellemez.

Zimmîlerin tanıklığı ile hakim karar vermeden dâvalının Müslüman olması

İki zimmî, bir zimmînin mal borcuna tanıklık etse ve hakim bu tanıklıkla hüküm vermeden önce aleyhine tanıklık edilen kimse Müslüman olsa, hakim o tanıklıkla hüküm vermez.

Çünkü dâvalı (aleyhine tanıklık yapılan kimse) onlar tanıklık yaptığı sırada Müslüman olsaydı Müslümanlığı, o tanıklıkla işlem yapılmasına engel olacaktı. Hakimin hükmünden önce Müslüman olması durumunda da böyle olmalıdır. Hakim ancak delile dayanarak hüküm verir. Zimmînin Müslümanlar aleyhine yaptığı tanıklık ise geçerli bir delil değildir.

İftira cezasına çarptırılan tanıkların tanıklığı ile verilen hüküm

Zinaya tanıklık nedeniyle iftira suçundan dolayı had cezası verilmiş olan iki kişi, bir mala tanıklık etse ve hakim bu durumu bilmeyip onların tanıklığı ile hüküm verse, sonra bunu öğrense ve had cezası verilen kimsenin tanıklığının geçerli olduğu görüşünde olmasa, verdiği hükmü bozar. Malı lehine hükmedilen kimseden geri alır.

Çünkü verdiği hükümde yanıldığı ortaya çıkmıştır. Hakimin içtihadî konularda verdiği hüküm, ictihadının sonucu ise geçerli olur.

İctihad sonucu değil de, tanıkların gerçeği gizlemesi ve karıştırması sonucunda verilmişse geçerli olmaz. Bu, Muhammed (rh.a.)'in *el-Cami*'de belirttiği üzere Hanefi mezhebinin Zâhirü'r-rivâye görüşüdür. Bunu Hassaf söylemiştir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'den, hakimin içtihadî konularda verdiği hükmün, ictihad sonucu olmasa bile geçerli olduğu rivayet edilmiştir. Çünkü hakim kendisine, yanılgısı kesin olarak belli olmadığı sürece verdiği hükmü bozamaz. İçtihadî konularda ise bu kesin olarak ortaya çıkmaz. Bu rivayete göre bu meselede de verilen hüküm bozulmaz.

Yine hakim tanıkların köle veya gayri müslim ya da kör olduklarını öğrense hüküm böyledir.

Gayri müslimin veya kölenin tanıklığı ile verilen hüküm

Köle ve gayri müslimin tanıklığı ile verilen hükmün böyle olması, hakimin verdiği hüküm icmaya aykırı olduğu içindir. İcmaya aykırı olarak verilen hüküm ise geçersizdir. Körün tanıklığı konusunun çözümü iftira suçu nedeniyle had cezası verilmiş kimse hakkındaki hükmün çözümü gibidir. Çünkü hakim ictihad etmeyi kastetmemiş ise de, verdiği hüküm, ictihad alanıyla ilgili bir konuda olmuştur. Bunun yani hükmün bozulmasının ve malın lehine hükmedilen kimseden geri alınmasının Ebû Hanîfe (rh.a.), Ebû Yusuf (rh.a.), ve Muhammed (rh.a.),'in görüşü olduğu açıkça ifade edilmiştir.

İki kişi bir kimsenin kölesine özgürlüğünü verdiğine tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kölenin değerini öderler.

Çünkü efendinin değerli mal (mütekavvim) olan bir mülkünü telef etmişlerdir. Tanıkların ödeme yükümlüsü olmaları efendinin velâ hakkının[3] sabit olmasına engel değildir. Çünkü velâ hakkı değerli mal değil nesep gibidir. Bu nedenle telef ettikleri köle üzerindeki mülkiyet hakkına karşılık olmaz.

Efendinin kölesini özgürlüğünü ölümünden sonraya bağladığına (müdebber kıldığına) tanıklık etseler ve hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra tanıklıktan dönseler köleyi müdebber kılmanın eksilttiği miktarı öderler. Çünkü bu tanıklıkla kölenin özgür olma hakkını gerektirdiler. Bu tanıklıkla efendinin köle üzerindeki mülkiyeti bozulur. Bu nedenle eksilen miktarı öderler.

---

[3] **Velâ / الولاء:** Bir kimsenin diğer bir kişiye varis olmasını mümkün kılan hükmî bir yakınlıktır. Velâ akdi, velâ-i atâka ve velâ-i müvâlât olmak üzere iki kısma ayrılır: Velâ-i atâka; Mevlâ (efendi) ile memlûkü (kölesi) arasında azat sonucu meydana gelmiş olan bir velâ ve yardımlaşma anlaşmasıdır. Bu durumda, özgür bırakılan kölenin herhangi bir cinayet işlemesi halinde diyetini mevlâsı verir; vefat edip derecesi daha önce olan bir varisi bulunmadığı zaman ise, onun mirasını mevlâsı alır. Bu velâ akti "velâ-i nimet" adıyla da bilinir. Kölesini özgür bırakan efendiye "mevlâ'l-atâka" veya "mevlâ'l-atîk" denir. Velâ-i müvâlât ise, nesebi bilinmeyen bir kimsenin, belirli bir takım koşullar çerçevesinde başka bir kişiyle gerçekleştirmiş olduğu bir dayanışma anlaşmasıdır. Bu velâ akdinde nesebi meçhul kişiye "mevlâ-i esfel", bu akdi yapmayı kabul eden kimseye ise "mevlâ-i a'lâ" denir.

Köleyi müdebber kılmanın kölenin değerinde meydana getirdiği eksikliği Kitabu'l-ıtk'da açıklamıştık.

[17/10] Efendi ölürse köle, efendinin terikesinin üçte birinden hesap edilmek üzere özgür olur. Tanıklıktan dönen iki tanık, kölenin müdebber olarak değerini öderler. Çünkü efendinin ölmesiyle geriye kalan malın telef olması onların tanıklığı ile gerçekleşmiştir. Müdebber kılmak kölenin hemen özgür olma hakkını gerektirir. Gerçek olarak özgür olma ise, efendinin ölümünden sonra bıraktığı malın üçte birindedir. Tanıkların telef ettiklerini ödemeleri peşin olandı. Geriye kalanı ise vadeli idi (efendinin ölmesi durumunda tazmin edilecekti). Bu nedenle efendinin ölmesi ile telef etme gerçekleşince kölenin değerinden geriye kalan miktarı öderler.

Efendinin köleden başka malı yoksa üçte biri özgür olur ve üçte iki değeri için çalışır. Köle üçte iki değerini peşin olarak ödeyince, tanıklar değerinin üçte birini öderler. Çünkü üçte birden geriye kalan miktar köle tarafından mirasçılara ait olmuştur. Tanıkların kölenin değerinin üçte ikisini telef etmeleri bedel karşılığında olmuştur. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu ödemezler. Değerin üçte birini ise mirasçıların payından bedelsiz olarak telef etmişlerdir. Bu nedenle kölenin müdebber olarak değerinin üçte birini öderler. Bu üçte biri köleden geri istemezler. Çünkü tanıklıktan dönmeleri köle hakkında kabul edilmez.

Köle değerinin üçte ikisini peşin ödemez ve bundan âciz olursa, mirasçılar bunu tanıklardan isteyebilir. Çünkü tanıklıkları ile kölenin bu miktardaki değerini mirasçıların almasına engel olmuşlardır. Bedel de iflas edenin zimmetindedir. Dolayısıyla tanıklar bu miktarı karşılıksız olarak telef etmiş gibidirler. Bu nedenle mirasçılara kölenin üçte bir değerini öderler. Sonra köleden ödedikleri miktarı isterler. Çünkü tanıklar bu miktarı ödeyince köleden bunu alma konusunda mirasçıların yerine geçmişlerdir. Mirasçılar köleden üçte bir değerini isteme hakkına sahipti. Onların yerine geçen kimse de bu hakka sahip olmalıdır. Değerin üçte ikisinde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Tanıkların kölenin değerinin üçte ikisindeki durumları mükâtebe sözleşmesi[4] tanıklarının durumu gibidir. Mükâtebe tanıkları bir kimsenin kölesiyle bir yıl içinde bin dirhem vermek üzere mükâtebe akdi yaptığına tanıklık etseler, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra tanıklıktan dönseler, kölenin değeri de iki bin veya bin dirhem ediyorsa, tanıklar kölenin değerini öderler. Çünkü mükâtebe akdine tanıklık etmeleriyle kölenin

---

[4] **Kitâbet/الكتابة (Mükâtebe / المكاتبة)**: Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye "mükâteb" bu anlaşmaya "mükâtebe" veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir.

efendinin elinden çıkmasına neden olmuşlardır. Dolayısıyla değeri ödeyen gaspçı hükmündedirler. Sonra mükâtebe bedelini almak için kölenin peşine düşerler. Değeri ödeyince efendinin yerine geçmişlerdir.

Mükâtep köle, kitâbet bedelini ödeyinceye kadar özgür olmaz. Çünkü tanıkların tanıklıktan dönmesinden önce efendiye bin dirhemi ödemediği sürece özgür olmuyordu. Tanıklar değeri ödedikten sonra tanıklara karşı durumu da böyle olmalıdır. Kitâbet bedelini ödeyince özgür olur. Velâ hakkı onunla mükâtebe akdi yapan kimseye aittir. Çünkü tanıklar kitâbet bedelini köleden almak konusunda efendinin yerine geçmişlerdir. Kölenin bedeli, tanıklara ödemesi efendiye ödemesi gibidir. Çünkü tanıkların tanıklıktan dönmesi mükâtep köle hakkında geçerli değildir. Mükâtep köle ise efendisinden özgür olma hakkını elde etmiştir. Dolayısıyla velâ hakkı efendisine ait olur. Tanıkların tanıklıktan dönmesi ile bu hak geçersiz olmaz.

Köle kitâbet bedelini ödeyemeyip köleliğe dönecek olsa efendisine ait olur. Çünkü köle üzerindeki mülkiyet tanıklara geçmemiştir. Çünkü mükâtep köle bir mülkten başka bir mülke taşınamaz. Çünkü tanıkların tanıklıktan dönmesi onun hakkında geçersizdir. Bu durumda efendi, tanıklardan aldığını geri verir. Çünkü mükâtep kölenin kitâbet bedelini ödeyememesi ile efendinin köle üzerindeki mülkiyet engeli ortadan kalkmıştır. Bu şuna benzer: Müdebber köleyi gasbeden kimse köle kaçtıktan sonra değerini ödese, sonra köle geri dönse, efendisine geri verilir. Efendi de aldığını gasbedene geri verir.

İki tanık bir kimsenin "Şu eve girersem kölem özgür olsun" diye yemin ettiğine, diğer iki tanık da efendinin eve girdiğine tanıklık etse, hakim kölenin özgür olduğuna hükmettikten sonra tanıklıktan dönseler, yemin tanıkları kölenin değerini öderler. Eve girmenin gerçekleştiğine tanıklık edenler ise, biz çoğunluk Hanefilere göre ödemekle yükümlü değildir. [17/11]

Züfer (rh.a.) ise "Hepsi ödemekle yükümlüdür. Çünkü malın telef olması, her iki tanık grubunun da tanıklığı ile gerçekleşmiştir" demiştir.

Ancak biz şöyle diyoruz: Yemin tanıkları, tanıklıkları ile özgür olmayı gerektiren temel nedeni ispat etmişlerdir. Bu temel neden, "Sen özgürsün" sözüdür. Eve girmenin gerçekleştiğine tanıklık edenler ise, özgür olmanın koşulunu ispat etmişlerdir. Koşul ise, hükmün kendisine bina edilmesi konusunda temel nedene denk değildir. Hüküm, gerçek anlamda temel nedenine dayandırılır. Çünkü hüküm şer'an illet nedeniyle gerekli olmuştur. Koşula ise mecaz anlamda dayandırılır. Çünkü hüküm koşul nedeniyle değil, koşul gerçekleştiği zaman var olur. Mecaz anlam ise gerçek anlama denk, onunla aynı güçte olmaz. Aksine temel neden, hükmün kendisine dayandırılmasına elverişli olunca, hüküm koşula dayandırılmaz. Bu, kuyuyu kazan ile birisini kuyuya atan kimse gibidir. Ödeme

yükümlülüğü kuyuyu kazan kimseye değil, kuyuya atan kimseye aittir. Yine aynı gerekçe ile ödeme yükümlülüğü hayvanı tutana değil, önünden çekene aittir.

Biz bunu Kitabu'l-Hudûd'da, hakkında tanıklık yapılan kimselerin muhsan olduğuna tanıklık edenler meselesinde açıklamıştık. Muhammed (rh.a.) burada şu meseleyi anmamıştır: Yemin efendinin ikrarı ile sabit olsa ve iki tanık koşulun gerçekleştiğine tanıklık ettikten sonra tanıklıktan dönseler (hüküm ne olacaktır). Bazı fakihlerimiz (rh.a.) bu durumda tanıkların zararı ödeyeceklerini zannettiler. "Burada temel neden, hükmün kendisine dayandırılmasına elverişli değildir. Çünkü temel neden başkasına geçmiyor. Bu nedenle hükmün meydana gelme bakımından koşula dayandırılmasına bakılarak, koşul temel nedenin yerine geçer ve hüküm ona dayandırılır. Bu kuyu kazmaya benzer" demişlerdir. Ancak bu yanlıştır. Hanefi mezhebinden doğru olan görüş, koşul tanıklarının hiçbir zaman ödemekle yükümlü olmadıklarıdır. Muhammed (rh.a.) bunu *ez-Ziyâdat*'ta açıkça ifade etmiştir. Çünkü efendinin, "Sen özgürsün" sözü kölenin mal olma özelliğinin bizzat kendisi tarafından yok edilmesi demektir. Bizzat telef etme (mübaşeret) bulununca, kasıt bulunsun, bulunmasın hüküm koşula değil, onu yapana dayandırılır. Kuyu kazma meselesi ise böyle değildir. Çünkü kuyu meselesinde temel neden yürüyen kimsenin ağırlığıdır. Ağır olmanın ise bizzat telef etmekle hiçbir ilgisi yoktur. Bu nedenle telef etme koşula dayandırılır. Koşul ise yolda kuyu kazarak yerin düzgünlük özelliğini ortadan kaldırmaktır.

İki tanık bir kimsenin, kölesine, ölümüne bağlı olarak özgürlüğünü verdiğine (özgür kıldığına), diğer iki tanık da kesin olarak özgür kıldığına tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra tanıklıktan dönseler, değeri ödeme yükümlülüğü, hemen özgürlüğünü verdiğine tanıklık edenlere aittir. Müdebber kılmaya tanıklık edenlerin ise ödeme yükümlülüğü yoktur.

Çünkü hüküm özgür kılmaya tanıklık edenlerin tanıklığına göre verilmiştir. Dolayısıyla bu, ölümden sonraya bağlanan özgür kılmanın gerçekleşmesine engel olur.

İki kişi kölesini müdebber kıldığına tanıklık etse ve hakim onların tanıklığı ile hükmetse sonra iki kişi özgür kılmaya tanıklık edip hakim onların tanıklığı ile de hükmetse, sonra tanıklıktan dönseler, müdebber kılmanın kölenin değerinde meydana getirdiği eksikliği müdebber kılmaya tanıklık edenler öder.

Çünkü müdebber kılmakla kölenin değerinde gerçekleşen eksiklik, hakimin tanıklıklarıyla hükmetmesi sonucunda onların tanıklığı ile olmuştur. Özgür kılma tanıkları ise, kölenin müdebber olarak değerini öderler. Çünkü tanıklıkları ile kölenin mal olma özelliğini telef etmişlerdir. Onlar tanıklık ettiğinde köle müdebberdi. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu öderler.

Kumaş karşılığında özgür kıldığına tanıklık edenler, efendinin kölesini müdebber kılmadan önce özgür kıldığında tanıklık etse, hakim kölenin özgür olduğuna karar verse, sonra özgür kılma tanıkları tanıklıktan dönse, kölenin değerinin özgür kılma tanıkları öder. Müdebber kılmaya tanıklık edenlerin ise ödeme yükümlülüğü yoktur.

Çünkü kölenin müdebber kılınmadan önce özgür olduğuna delil bulununca, müdebber kılmaya tanıklık edenlerin efendinin malını telef etmedikleri ve hakimin kölenin müdebber olduğuna hükmetmekle yanıldığı ortaya çıkmıştır. Kölenin mal olma özelliği özgür kılma tanıklarının tanıklığı ile ortadan kalkmıştır. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda ödeme yükümlülüğü onlara aittir.

Görmez misin tanıklar efendinin kölesini bir kimseye bin dirheme sattığına tanıklık edip tarih belirtseler, bu tarih müdebber kılma tarihinden önceki bir tarih olsa, hakim, kölenin müdebberliğini iptal eder. Satışı onaylar. [17/12]

Hakimin satışı onaylamasından sonra tanıklıktan dönseler, müdebber kılmaya tanıklık edenler hiçbir şey ödemezler. Satışa tanıklık edenler ise, kölenin satım bedelinin üzerindeki değerini öderler. Çünkü bedelin üzerindeki miktarda telef etme karşılıksız olarak gerçekleşmiştir. Kölenin değeri satım bedelinin altında ise ve alıcı satışı inkar ediyorsa tanıklar kölenin değeri ile satış bedeli arasındaki farkı alıcıya öderler. Çünkü değerin üzerindeki miktarı karşılıksız olarak telef etmişlerdir.

Değerle satış bedeli birbirine denk olsa ve tanıklar alıcının bedeli ödediğine tanıklık etseler, satıcı da bunu inkar etse sonra tanıklar satışın gerçekleştiğine yaptıkları tanıklıktan dönseler, bedeli satıcının teslim aldığına yaptıkları tanıklıktan dönmeseler hiçbir şey ödemezler. Çünkü satışa tanıklık etmekle efendinin kölesi üzerindeki mülkiyet hakkını kölenin değerine denk bir bedelle kaldırmışlardır. Alıcının bedeli ödediğine yaptıkları tanıklıkta devam etmektedirler. Bunların tanıklık etmesi ile başka iki kişinin alıcının bedeli ödediğine tanıklık etmesi arasında fark yoktur.

Alıcının bedeli ödediğine yaptıkları tanıklıktan dönseler, bedeli öderler. Çünkü tanıklıktan dönerek, satıcının bedeli teslim aldığına tanıklık etmek suretiyle, satıcının bedel üzerindeki mülkiyet hakkının telef ettiklerini ikrar etmiş oldular.

Satıcı dâvacı olup alıcı inkar ediyorsa, tanıklar hiçbir şey ödemezler. Çünkü alıcıyı borçlandırdıkları satış bedeline denk bir mala malik kılmışlardır.

İki kişi, bir kimsenin beşyüz dirhem değerindeki kölesiyle bir yıl içinde bin dirhem vermesi üzere mükâtebe akdi yaptığına tanıklık etseler, hakim bunu onaylasa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, efendi de tanıkların bedeli ödemesini istese bu hakkı vardır.

Çünkü tanıklıklarıyla kölenin efendinin elinden çıkmasına neden olmuşlardır. İflas etmiş olan kölenin zimmetindeki kitâbet bedeli ise yok olmuş hükmündedir.

Efendi tanıklardan kölenin değerini alırsa, mükâtep bin dirhemi tanıklara ödemediği sürece özgür olmaz. Çünkü tanıklar değeri ödeyince kitâbet bedelini alma konusunda efendinin yerine geçmişlerdir. Kölenin değeri üzerindeki beş yüz dirhemi sadaka olarak verir. Çünkü bu, haram bir kazanç yolu olan yalancı tanıklıkla elde edilmiştir.

Efendi onlara ödettirmeye zorlamayıp, mükâtep köleden borcunu tahsil etmeye başlasa ve ondan yüz dirhem alsa veya almasa ancak tanıkların tanıklıktan döndüğünü bilse bu mükâtebe akdini tercih ettiği anlamına gelir. Tanıklar bir tek durum dışında ödemekle yükümlü olmazlar. Bu durum, kitâbet bedelinin değerinden az olmasıdır. Bu durumda efendi, kitâbet bedelini aldıktan sonra kölenin değeriyle kitâbet bedeli arasındaki farkı tanıklardan isteyebilir. Çünkü efendi tanıkların tanıklıktan döndüğünü öğrendikten sonra, tanıklara değeri ödettirmekle mükâtep köleden kitâbet bedelini istemek arasında muhayyerdir. Mükâtepten kitâbet bedelinin bir kısmını alarak borç takibini seçmesi tanıkların ödeme yükümlülüğünden kurtulmasını gerektirir. Nitekim gasbedenden gasbettiği malı başka birinin gasbetmesi meselesinde de böyledir. Fakat bu, kitâbet bedeli miktarındadır. Kitâbet bedeli ile kölenin değeri arasındaki farkta efendinin hakkı sadece tanıklar üzerindedir. Bu nedenle Mükâtepten kitâbet bedelini istemeyi seçmesi tanıkları bu miktardan aklamak (ibra etmek) anlamına gelmez. Dolayısıyla bu miktarı tanıklardan ister.

Tanıklar bir kimsenin beşyüz dirhem değerinde olan kölesini bir yıl vade ile bin dirheme sattığına tanıklık etseler, dâvacı alıcı olup, satıcı bunu inkar etse ve hakim satışı onaylasa sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, satıcı bedeli alıcıdan istemekle kölenin değerini tanıklara ödettirmek arasında seçme hakkına sahiptir. Çünkü tanıklar efendinin köle üzerindeki mülkiyetinin hemen ortadan kalkmasına neden olmuşlardır. Bedel ise efendinin eline vade sona erdikten sonra geçecektir.

[17/13] Sahibi kölenin değerini tanıklara ödettirirse tanıklar, bedeli alıcıdan isteme konusunda satıcının yerine geçerler. Kölenin değeri ile bedel arasındaki farkı yoksullara verirler. Çünkü bu, haram bir kazanç yolu ile elde edilmiştir. Ayrıca bu başka bir yönden, tanıkların satış bedeline malik olması gibidir. Satıcı ise tanıklardan kölenin değerini almıştır. Bin dirhemi beş yüz dirhem karşılığında vermek faizdir. Faiz şüphesi olduğu için tanıkların değerin üzerindeki miktarı yoksullara vermesi gerekir.

Efendi, bedeli alıcıdan isteme yolunu seçerse tanıklardan hiçbir şey isteyemez. Çünkü bu, efendinin vadeli satışa razı olması demektir.

Tanıklar tanıklıktan döndükten sonra efendinin alıcıdan borcunu istemesi de alıcının zimmetindeki bedele razı olması demektir. Dolayısıyla bedeli almak için alıcının peşine düşmeyi tercih etmekle tanıkları aklamış (ibra etmiş) olur. Artık malı

alıcıda telef olsa da, alıcının elinden çıksa da tanıklardan alacak isteminde bulunamaz.

(Bir kimse kölesini demir bir bağ ile bağlasa ve) iki tanık, bu kimsenin "Bağ on rıtl ağırlığında değilse kölem özgürdür" diye yemin ettiğine tanıklık etse, efendi de hakimin önünde "Kölenin bağını kesinlikle çözmeyeceğim. Çözersem kölem özgür olsun" diye yemin etse, bunun üzerine tanıklar kölenin bağının beş rıtl ağırlığında olduğuna tanıklık etseler, hakim köleyi onların tanıklığı ile özgür kılsa, sonra bağı çözdürse, bağın on rıtl ağırlığında olduğu ortaya çıksa, Ebû Hanîfe (rh.a.), "Tanıklar kölenin değerini öder" demiştir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un önceki görüşü de böyledir. Son görüşünde ise tanıklar ödemekle yükümlü değildir. Muhammed (rh.a.)'in görüşü de böyledir.[6]

Bu görüş ayrılığı, daha önce geçen, hakimin yalancı tanıklıkla verdiği hükmün dinen/gerçekte geçerli olup olmaması meselesine dayalıdır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre hakimin hükmü gerçekte ve görünürde geçerli olduğu için köle bağ çözülmeden önce onların tanıklığı ile özgür olmuştur.

Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise hakimin hükmü gerçekte geçerli değildir. Köle onların tanıklığı ile değil, efendinin bağı çözmesi ile gerçekleşmiştir. Tanıklar görünüşte koşula, anlam olarak ise özgür kılmanın hemen gerçekleştirildiğine (tenciz) tanıklık etmektedir. Çünkü özgür kılmayı halihazırda var olan bir koşula bağlamak tencizdir (özgürlüğü hemen gerçekleştirmektir).

"Bağın ağırlığını öğrenmemizle, tanıkların yalancılığını kesin olarak bilmemize rağmen, hakimin hükmü nasıl hem gerçekte, hem de görünürde geçerli olabilir? Bu, hakimin verdiği hükme aykırı bir delilin ortaya çıkması veya tanıkların köle veya kâfir olması gibidir" denilemez.

Çünkü hakim hüküm verdiği zaman bağın gerçek ağırlığını bilmekle görevli değildi. Çünkü bağ çözülmediği sürece bunu bilmesinin yolu yoktur. Bağın çözülmesi ise kölenin özgür olmasına neden olur. Hakimin hükmü, bilme yolu olmayan şeyleri öğrenme yükümlülüğü düştüğü için, gerçekte geçerli olur. Hakimin bilme imkânının olmaması bu meselede vardır. Kölenin bağını çözmese ve tanıkların asılsız bir tanıklıkta bulunduğunu bilse, Ebû Yusuf (rh.a.)'a ve Muhammed (rh.a.)'e göre kölenin özgürlüğünü kaldırır. Çünkü hakimin verdiği hüküm gerçekte geçerli olmamıştır.

Aynı şekilde köle ölse ve tanıklar yalancı tanıklık yaptıklarını ikrar etseler, bu ve önceki mesele aynıdır. Çünkü onlar mahkemede tanıklıktan dönmüşlerdir. Bu,

---

[5] **Rıtl / الرطل:** Sıvı maddeler için kullanılan 130 dirhemlik bir ölçek. Sâ'ın sekizde biri.

[6] Bu mesele ile VII, s. 97 de "Babu'ş-şehâde fi'l-ıtk" da anılan mesele aynıdır. Serahsi (rh.a.)'nin o konudaki ifadeleri daha açık olduğu için tercümede oradan yararlanılmıştır.

hakimin onların yalan söylediğini bilmesi gibidir, hatta onların ödeme yükümlüsü olması konusunda hakimin bilgisinden daha kuvvetlidir.

İki kişi, bir kimsenin kölesini geçen yıl Ramazan ayında özgür kıldığına tanıklık edip hakim de onların tanıklığını geçerli sayıp kölenin özgür olduğuna karar verse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, hakim onlara kölenin değerini ödettirse veya ödettirmese sonra iki kişi o kimsenin kölesini geçen yıl Şevval ayında özgür kıldığına tanıklık etse, hakim sonrakilerin tanıklığını kabul etmez.

Çünkü önceki tanıkların tanıklığı ile kölenin Ramazan ayının ilk gününde özgür olduğuna hükmetmiştir.

[17/14] Görmez misin köle, o süre içinde işlediği cinayet cezası, had cezası ve diğer cezalar konusunda özgür hükmündedir. Dolayısıyla ikinci tanık grubu özgürlüğüne hükmedilmiş olan birinin özgür kılındığına tanıklık etmişlerdir. Bu tanıklık ise geçersizdir. Hakim kölenin özgür olduğuna karar verdiği zaman kölenin değeri ne ise önceki tanıklar onu öderler. Çünkü onlar tanıklıktan dönmekle, yaptıkları asılsız tanıklık ile hakim köleyi özgür kıldığı zaman, efendinin malını telef ettiklerini ikrar etmiş oldular. İkrarları ise kendileri hakkında delildir. Bu nedenle kölenin özgür kılındığı gündeki değerini öderler.

Aynı şekilde tanıklar, efendinin köle doğduğunda, "Bu köle falanca kimseye aittir" diye ikrarda bulunduğuna tanıklık etseler, efendi onların tanıklık ettiği gün böyle bir ikrarda bulunduğunu inkar etse, köle genç bir kimse olsa, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kölenin, hakimin hükmettiği gündeki değerini öderler. Çünkü efendinin köle üzerindeki mülkiyetini o gün telef etmişlerdir.

Efendinin kölesini geçen yıl Ramazan ayında özgür kıldığına tanıklık etseler ve hakim bu tanıklıkla hüküm verse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, sonra başka iki tanık efendinin kölesini iki yıl önce Ramazan ayında özgür kıldığına tanıklık etse, sonraki tanıkların tanıklığı kabul edilir. İlk tanıkların de ödeme yükümlülüğü yoktur. Bu Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise ikinci tanık grubunun tanıklığı kabul edilmez. Çünkü kölenin özgür kılındığı yolunda bir dâva olmaksızın yapılan tanıklığın kabul edilmemesi onun kurallarındandır. İkinci tanık grubunun yaptığı tanıklığı iddia eden herhangi bir kimse de bulunmamaktadır. Çünkü kölenin özgür olduğuna hükmedilmiştir. Dolayısıyla kölenin onları tanık tutarak dâva açması mümkün değildir. İlk tanık grubunun da açtığı dâva geçerli olmaz. Çünkü sözleri çelişkilidir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise kölenin özgür kılındığına dâva olmadan yapılan tanıklık kabul edilir. Dolayısıyla ikinci tanık grubunun yaptığı tanıklıkla kölenin birinci tanık grubunun tanıklık ettiği vakitten daha önce özgür olduğu sabit olur. İkinci tanık grubunun, efendinin özgür bir kimseyi özgür

kıldığına tanıklık ettiği ortaya çıkar. Bu nedenle ödeme yükümlülükleri düşer. İkinci tanık grubunun belirttikleri özgür kılma vaktinin, birinci tanık grubundan sonraki bir tarih olması durumunda ise böyle değildir. Bu nedenle şöyle demişlerdir: Kölenin kısası veya had cezasını gerektiren bir suç işlediğini iddia etmek suretiyle birinci tanık grubunun belirttiği tarihten önce özgür olduğunu iddia eden kimse varsa, ikinci tanık grubunun yaptığı tanıklık kabul edilir. Bununla ilk tanıklardan ödeme yükümlülüğü kalkar. Çünkü ikinci tanık grubunun tanıklık yaptığı şeyi iddia eden kimse bulunmaktadır.

Tanıklar, bir kimsenin geçen yıl Ramazan ayında gerdeğe girmeden önce eşini boşadığına tanıklık etse, hakim o tanıklıkla hükmedip o kimseyi mehrin yarısını ödemekle yükümlü tutsa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, hakim tanıklara mehrin yarısını ödettirse, sonra başka iki tanık o kimsenin eşini geçen yıl Şevval ayında gerdeğe girmeden önce boşadığına tanıklık etseler, bu tanıklık kabul edilmez. Önceki tanıklar da bu tanıklıktan yararlanıp ödeme yükümlülüğünden kurtulamazlar. Çünkü kadın hakimin hükmüyle ikinci tanık grubunun tanıklığından önceki bir tarihte kocasından boşanmıştır. Dolayısıyla ikinci tanık grubu, hüküm bakımından o kimseye yabancı olan bir kadını boşadığına tanıklık etmişlerdir. Bu nedenle tanıklıkları kabul edilmez.

Koca sonraki tanıkların söylediklerini hakimin huzurunda ikrar etse, tanıklar ödeme yükümlüsü olmazlar. Koca onlardan aldığı ödeme bedelini geri verir. Özgür kılma konusunda efendinin ikrar etmesi de böyledir. Çünkü efendi, ikrarı ile kölenin mal olma özelliğini kendisinin telef ettiğini iddia etmiş olur. Dolayısıyla onlar tanıklık ettiği için değil, boşama ve özgür kılmayı bizzat kendisi yaptığı için yarı mehir kesinlik kazanır. Bunları kişinin bizzat kendinin yapması bu tasarrufa razı olmasını gösterir. İkrarı kendi hakkında delildir. Böylece tanıkların, hakim tanıklıkları ile hükmedince bu kimsenin herhangi bir şeyini telef etmedikleri ortaya çıkmış olur. Delil getirilmesi durumunda ise böyle değildir. Çünkü o, hakimin verdiği hüküm ile olur. Hakim ise boşamaya ve kölenin özgür olmasına birinci tanık grubunun tanıklığı ile daha önceki bir tarihte hükmettikten sonra, ikinci tanık grubunun tanıklığı ile hükmetmez. [17/15]

İkinci tanık grubu boşamanın birinci tanık grubunun tanıklık ettiği tarihten önceki bir tarihte gerçekleştiğine tanıklık ederse, tanıklık kabul edilir. Çünkü boşama hakkında yapılan tanıklık dâva bulunmaksızın, Allah rızası için (hisbeten) kabul edilir. Bu tanıklıkla birinci tanık grubunun tanıklıkları ile kocayı mehirden hiçbir şey ile borçlandırmadıkları ortaya çıkar. Ödeme yükümlülükleri düşer.

İki kişi bir kimsenin kölesine "Bu eve girersen özgürsün" diye yemin ettiğine tanıklık etseler, efendi bunu inkar etse, sonra köle eve girse, hakim özgür olduğuna hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kölenin değerini öderler. Çünkü onlar tanıklıkları ile kölenin mal olma özelliğinin telef olma nedenini

ispatlamışlardır. Bu da efendinin yeminidir. Koşul gerçekleşince köle koşulun gerçekleşmesiyle değil, efendinin yaptığı yemin ile özgür olur.

Bin dirhem değerindeki bir köle efendisinin kendisiyle bin dirhem karşılığında mükâtebe akdi yaptığını iddia etse, efendi de "İki bin dirhem karşılığında mükâtebe akdi yaptım" dese ve delil getirse, hakim de bu delil ile mükâtebin aleyhine hükmetse, mükâteb iki bin dirhemi ödese, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, hakim tanıklara mükâtebin bin dirhemini ödettirir. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin son görüşüne göre tanıkların tanıklıkları olmasaydı, mükâtep fazlalığı inkar ettiği için onun sözü kabul edilecekti. Dolayısıyla bin dirhemin üzerindeki miktar onların tanıklığı ile gerekmiştir. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda onu öderler.

Mükâtep köle, efendisiyle mükâtebe akdi yaptığını iddia etmeyip, efendisi "Onunla mükâtebe akdi yaptım" dese, mükâtep de bunu inkar etse, bunun üzerine efendi delil getirse, getirdiği delil kabul edilmez. Çünkü delil bağlayıcı olduğu zaman kabul edilir. Bu ise köleyi hiçbir şekilde bağlamayan bir delildir. Çünkü o mükâtebe akdini bozmak için kendini kitâbet ödemekten âciz gibi gösterebilir. Dolayısıyla bu konuda efendinin getirdiği delili kabul etmenin bir anlamı yoktur. Fakat köleye "İstersen mükâtebe akdini onayla, istersen bırak ve köle olarak kal" denilir. Birinci durumda ise böyle değildir. Çünkü orada köle mükâtebe akdini iddia etmektedir. Onun mükâtebe akdini iddia etmesi ise tanıkların tanıklığı ile kendisini iki bin dirhem borç altına sokmaktadır. Bu nedenle tanıklıklarını kabul etmek gerekir.

Mükâtep özgür olduğunu iddia etse, bunun üzerine efendi iki tanık getirse ve tanıklar kölenin efendi ile iki bin dirhem karşılığında mükâtebe akdi yaptığına tanıklık etseler, hakim de onların tanıklığı ile kölenin iki bin dirhem borçlu olduğuna hükmetse ve köle borcunu ödese, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, mükâtebin değeri daha az bile olsa tanıklar iki bin dirhemi ona öderler. Çünkü tanıklıkları ile onu iki bin dirhem borçlandırmışlardır. Çünkü tanıklıkları olmasa özgür olduğunu iddia eden kimsenin sözü kabul edilecekti. Tanıklar tanıklıktan dönmekle yaptıkları tanıklıkla köleyi haksız yere iki bin dirhem borç altına soktuklarını ikrar etmiş oldular. Dolayısıyla bunu öderler.

İki kişi bir kimsenin başka bir kimsenin kölesi olduğuna tanıklık etseler ve hakim buna hükmetse, sonra lehine hükmedilen kimse aleyhine hükmedilen kişiyi mal karşılığında özgür kılsa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, aleyhine tanıklık edilen kimseye bir şey ödemezler.

Çünkü tanıklıkları ile onu mal borcu altına sokmamışlar, yalnızca özgürlüğünü yok etmişler ve köle olmasına neden olmuşlardır. Bu da mal değildir. Biz daha önce mal olmayan şeylerin yalan tanıklıkla malla tazmin edilmeyeceğini açıklamıştık. Diğer yandan köle mal karşılığında özgür kılınmadan önce kendi

rızasıyla mal borcu altına girmiştir. Bu ise tanıkların ödeme yükümlüsü olmasını gerektirmez. Birinci durumda ise böyle değildir. Çünkü orada tanıklar köleyi borç altına sokmuşlardır.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Tanıklar ödeseler, hakimin o kimsenin köleliğine hükmetmesinden dolayı ödeyeceklerdi. Bu ödeme bedeli de efendiye ait olacaktı. Çünkü onun, lehine tanıklık yapılan kimsenin kölesi olduğuna hükmedilmiştir. Dolayısıyla malı efendiye ait olur. Efendi ise tanıklıktan dönmelerinde tanıkları yalanlamaktadır. Mükâtep meselesi ise böyle değildir. Çünkü o meselede tanıklar malı efendiye değil, aleyhine hükmedilen kimseye ödemektedir. O ise tanıkları, tanıklıktan dönme konusunda doğrulamaktadır. [17/16]

İki kişi bir kimsenin bin dirhem değerindeki kölesini beş yüz dirhem karşılığında özgür kıldığına tanıklık etse, hakim de kölenin özgür olduğuna hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, aleyhine tanıklık edilen kimse seçme hakkına sahiptir; isterse tanıklara bin dirhemi ödettirir. Tanıklar da beş yüz dirhemi köleden isterler. Çünkü onlar bu konuda efendinin yerine geçmişlerdir. İsterse köleden beş yüz dirhem alır. Tanıklardan hangisinin ödemesini tercih ederse, o tanığın diğerinden bir şey isteme hakkı olmaz. Bu şuna benzer: Bir kimsenin gasbeden kimseden gasbettiği malı, başka bir kişi gasbetse, malı gasbedilen kişi onlardan birinin ödemesini tercih edince o, diğerinden alacak isteminde bulunamaz. Allah doğruyu daha iyi bilir.

NESEP, VELÂ HAKKI VE MİRAS PAYLARI KONULARINDA TANIKLIKTAN DÖNME

Nesep dâvasına tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

Bir kimse, kendisinin oğlu olduğunu iddia edenin iddiasını reddetse, dâvacı da onun kendi babası olduğuna, onun yatağında doğduğuna ve mirasçısı olduğuna delil getirse, bunun üzerine hakim tanıklıkla hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, ödeme yükümlülükleri olmaz.

Çünkü o kimse aleyhinde bir mal hakkında tanıklık yapmış değillerdir. Tanıklıkları ile ona sadece birinin nesebini bağladılar. Nesep ise mal değildir. Hangisinin önce ölüp diğerine mirasçı olacağı da bilinemez.

Yine bir kimse "Falanca benim kölemdi. Ona malik iken özgür kıldım" diye iddia edip iki tanık getirse, aleyhine tanıklık edilen kimse de "Ben aslen özgürüm" dese, tanıklar hakimin hükmünden sonra tanıklıktan dönseler, bir şey ödemezler. Çünkü tanıklıkları ile hakkında tanıklık yapılan kimseye velâ hakkını gerektirmişlerdir. Velâ hakkı ise nesep gibi, mal değildir.

Aleyhinde iddiada bulunulan ölse ve diğeri ona mirasçı olsa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler hiçbir şey ödemezler. Çünkü nesep veya velâ hakkı ile ilgili

tanıklıkları o kimse yaşarken olmuştu. Dolayısıyla bu mirasa tanıklık etmek anlamına gelmez. Çünkü mirasçı olma hakkı hem nesep, hem de ölüm ile elde edilir. Dolayısıyla iki nitelikli bir temel nedene bağlı bir hükümdür. Bununla diğer niteliğin de varlığına göre hüküm verilir. Çünkü temel neden onunla tamam olmaktadır. Hüküm, temel nedenin tam olması durumunda sabit olur.

Bu şu meseleden farklıdır: Bir kimse tanıklık ettikten sonra başka biri de tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hükmetse sonra tanıklıktan dönseler ikisi birlikte öderler. Telef etme ikinci tanığa bağlanmaz. Çünkü tanıklık, hakimin hükmü olmadan bir şey gerektirmez. Hakim ise her iki tanığın tanıklığı ile hükmeder. Bununla tanıkların birlikte tanıklık etmesi arasında fark yoktur.

Burada ise neden ölümden önce gerçekleşmiştir. Ölüm hakkında tanıklık yapılmış ve böylece miras hakkı elde edilmiş değildir. Çünkü iki nitelikten en son meydana gelen odur.

Öldürmeye tanıklık edenlerin kısastan sonra tanıklıktan dönmeleri

İki kişi bir kimsenin, kendisinden başka mirasçısı olmayan, öldürülmüş bir kimsenin oğlu olduğuna tanıklık etseler, katil de onu kasten öldürdüğünü ikrar etse, hakim kısas cezasına hükmetse, oğul kısası uygulasa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler kısas konusunda ödeme yükümlülükleri yoktur.

Çünkü kısas mal değildir. Bundan dolayı bunu bilinen mirasçılara ödeyemezler. Öldürülenin velisinin kısası affettiğine tanıklık etmek gibi, tanıklıkları ile mirasçıların malını telef etmeleri durumunda ise, bu oğlun öldürülenden hakkı olan bütün malları bilinen mirasçılara öderler. Çünkü ölümden sonra nesebe tanıklık yapmışlardır. Dolayısıyla tanıklık edilen şey, mirası hak etme temel nedenini tamamlayan bir unsur olmuştur. Bu kimsenin onların tanıklığı ile mirasçı olduğuna hükmedilir. Tanıklar ise tanıklıktan dönmekle bilinen mirasçıların hakkını haksız yere telef ettiklerini ikrar ettiler.

[17/17]

Öldürülenin yakınlarının öldüreni affettiğine tanıklık edenler, hakimin hükmetmesinden önce tanıklıktan dönseler, kısas olduğu gibi sabit olarak kalır. Çünkü tanıklık hakimin hükmü olmadığı sürece hiçbir şey gerektirmez. Tanıklar tanıklıktan döndükten sonra hakim o tanıklıkla hükmedemez.

Miras bırakanın din değiştirdiğine tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

İki kişi babası kâfir olan Müslüman bir adamın babasının Müslüman olarak öldüğüne tanıklık etseler, ölen kimsenin de kâfir bir oğlu olsa, hakim de Müslüman oğlun mirasçı olduğuna hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, bütün mirası kâfir olan oğla öderler.

Çünkü tanıklıkları olmasa kâfir oğlun sözü kabul edilecek ve mirasın hepsi onun olacaktı. Çünkü babasının aslında kâfir olduğu biliniyordu. Mirasın tamamının Müslüman oğla geçmesi onların tanıklığı ile olmuştur. Dolayısıyla tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu öderler.

Bir kâfir Müslüman olduktan sonra ölse, onun iki Müslüman oğlu olup, her biri kendisinin babasının ölümünden önce Müslüman olduğunu iddia etseler ve tanık getirseler, hakim de onların mirasçılığına hükmetse, sonra onlardan birinin tanıkları tanıklıktan dönse, onun miras olduğu her şeyi diğerine öderler.

Çünkü diğeri getirdiği delil ile, bunların tanıklığı olmasaydı bütün mirası alacağını ispatlamıştı. Dolayısıyla lehine tanıklık edilen kişi bunların tanıklığı ile malın yarısını almıştır. Tanıklar ise tanıklıktan dönmekle haksız yere tanıklık ettiklerini ikrar etmiş oldular.

Yine bir kimse geride, bilinen bir kardeş bırakarak ölse, başka bir kimse de kendisinin onun oğlu olduğunu iddia etse ve bu konuda iki kişi tanıklık etse, hakim onun mirasçılığına hükmettikten sonra tanıklıktan dönseler, bu kimsenin aldığı bütün malı ölenin kardeşine öderler. Çünkü tanıklar o kimsenin ölenin oğlu olduğuna tanıklık etmemiş olsaydı ölenin kardeşi mirasın tamamını alacaktı. Tanıklar ise tanıklıktan dönmekle ölenin kardeşinin malını haksız yere telef ettiklerin ikrar etmişlerdir.

Bir kimsenin elinde küçük bir çocuk olsa, özgür ya da köle olduğu bilinmese, iki tanık bu kimsenin, çocuğun kendi oğlu olduğunu ikrar ettiğine tanıklık etseler ve hakim çocuğun nesebinin o kimseye ait olduğuna hükmetse, sonra bu kimse ölse ve hakim mirasın çocuğa ait olduğuna hükmetse sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, hiçbir şey ödemezler. Çünkü o hayatta iken çocuğun nesebine tanıklık etmişlerdi. Mirasçı olmak ise iki nitelikten en sonra meydana gelene bağlanır. En sonra meydana gelen nitelik ise tanıklık ettikleri şey değil, o kimsenin ölmesidir.

Yine iki kişi bir kadının emsal mehir ile evlendiğine tanıklık etseler, hakim bu evliliğe hükmetse, sonra kadının kocası ölse, kadın ona mirasçı olduktan sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, ödeme yükümlülükleri olmaz. Tanıklık ölümden sonra olmuşsa kadının aldığı bütün malı öderler. Çünkü burada gerçekleşen son nitelik tanıkların tanıklık ettikleri şeydir. Mirasta hak sahibi olmanın temel nedeni ise bununla tamam olur.

Bir kimsenin elinde küçük bir köle ve câriye olsa, iki tanık bu kimsenin küçük çocuğun kendisinin oğlu olduğunu ikrar ettiğine tanıklık etseler, diğer iki tanık da küçük câriyeyi özgür kıldığına ve sonra câriye ile bin dirhem mehir karşılığında evlendiğine tanıklık etseler, adam ise bunu inkar etse, hakim her iki tanıklıkla da hükmetse, sonra o kimse (hakkında tanıklık yapılan) küçük çocuktan başka, geride iki kız bırakarak ölse, hakim de kadının mehrini almasına hükmedip, malı onlar arasında miras paylarına göre taksim etse, sonra tanıklar tanıklıklarından dönseler, çocuğun onun oğlu olduğuna tanıklık edenler oğlun mirastaki payı dışında kalan köle değerini mirasçılara verirler. Çünkü tanıklıkları ile efendinin köle üzerindeki mülkiyet hakkını telef etmişlerdir. Tanıklıkları olmasa onun "Bu küçük çocuk benim kölemdir" sözü kabul edilecekti. Küçük kendisini anlatamaz. Tanıklar

[17/18]

tanıklıktan dönmekle onun bu miktardaki malını haksız yere telef ettiklerini ikrar etmiş oldular. Dolayısıyla degerini efendiye öderler. Bu ondan mirasçılarına miras olarak kalır. Ancak lehine tanıklık yapılan oğlun payı tanıklardan düşürülür. Çünkü oğul, onları tanıklıktan dönmek konusunda yalanlamakta ve nesebine tanıklık etmekte doğru olduklarını ve ödemekle yükümlü olmadıklarını iddia etmektedir. İddiası kendi payında dikkate alınır. Câriyenin tanıkları da aynı gerekçe ile, miras payı hariç değerini öderler. Bunun dışında bir şey ödemezler. Ancak tanıklık ettikleri mehir emsal mehirden yüksekse o zaman aradaki farkı da öderler. Çünkü bu durumda onu karşılıksız olarak bu fazlalık ile borçlandırmışlardır. Ancak tanıkların ödeyeceği miktardan kadının miras payı çıkartılır. Çünkü kadın tanıklıktan dönmek konusunda onları yalanlamakta, tanıklıkta ise doğrulamaktadır. Bu nedenle iddiası kendi payında kabul edilir. Lehine tanıklık yapılan kimsenin aldığı miras payında her iki tarafın tanıkları da ödemekle yükümlü değildir. Çünkü açıkladığımız gibi onlar, nesebe ve nikaha miras bırakan hayatta iken tanıklık etmişlerdir.

Vasiyete tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

Bir kimse ölse ve diğer bir kimse ölenin sahip olduğu her şeyin üçte birini kendisine vasiyet ettiğini iddia edip iki tanık getirse, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra tanıklıktan dönseler, terikenin üçte birini öderler.

Çünkü lehine tanıklık yapılan kimse bunların tanıklığı ile terikenin üçte birine sahip olmuştur. Yine ölen kimse henüz hayatta iken tanıklar malının üçte birini bu kimseye vasiyet ettiğine tanıklık etseler ve bu konuda aralarında bir anlaşmazlık olmaksızın vasiyet ettiğine tanıklık edilen kimse ölse hüküm böyledir.

Bu meselede biraz sorun var. Şöyle ki vasiyet mirasın benzeridir. Biz daha önce açıklamıştık ki bir kimse hayatta iken onun hakkında nesebe tanıklık etseler, ölümünden sonra hiçbir şey ödemezler. Vasiyete tanıklık etmeleri durumunda ise öderler. Çünkü vasiyet eden öldüğü zaman vasiyet edilenin (mûsa leh'in) vasiyette hak sahibi olması vasiyet edenin ölmesi ile değil, aralarındaki akitledir.

Çünkü mûsa leh için mülk, akitle sabit olan yeni bir mülktür. Miras ise böyle değildir. O, birisinin yerine başkasının geçmesi (hilâfet)'tir. Şöyle ki; mirasçıya, miras bırakana ait olan mülk kalır. Bu da ancak ölümle gerçekleşir.

Aradaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Hayatta iken nesebe tanıklık ölümden sonra mirasçı olmayı gerektiriyorsa da, onda muavaza (karşılıklı değişim) anlamı vardır. Çünkü lehine tanıklık yapılan kimsenin önce ölüp aleyhine tanıklık yapılan kimsenin ona mirasçı olması da olasıdır. Bundan dolayı tanıklar ödemekle yükümlü olmazlar. Malının üçte birini vasiyet tanıklığında ise böyle bir muavaza anlamı yoktur. Bu nedenle bu tanıklık, ölümden sonra nesebe tanıklık etmek hükmünde olmuştur. Dolayısıyla tanıklar tanıklıktan dönünce ödemekle yükümlü olmalarını gerektirir.

Bir kimse öldükten sonra tanıklar onun falanca câriyesini dâvacıya vasiyet ettiğine tanıklık etseler ve câriyenin değeri ölenin terikesinin üçte birini geçmiyorsa, hakim bu tanıklıkla hükmetse; dâvacı da o câriyeden bir çocuk sahibi olsa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, câriyenin hakimin hükmettiği gündeki değerini öderler. Ukru (nikah şüphesiyle kadına verilen bedel) ve çocuğun değerini ise ödemezler. Çünkü onlar, kendisine vasiyet edilenin câriyeye malik olduğuna tanıklık ederek, câriye üzerindeki mülkiyet hakkını mirasçıların elinden çıkarmışlardır. Bu nedenle câriyenin değerini öderler. Câriyenin efendisi hayatta iken câriyenin bağışlandığına ve teslim edildiğine tanıklık etseler yine böyledir.

Yine câriye başkasından çocuk sahibi olsa, tanıklar mirasçılara çocuğun değerini ödemezler. Çünkü onların çocuk üzerinde bir hakkı yoktur. Çünkü hak, bir şey olduktan sonra söz konusu olur. Çocuk dünyaya geldiğinde de câriye mirasçıların mülkünde değil, hakimin hükmü ile vasiyet edilenin mülkünde idi.

Tanıklar tanıklıktan döndüğünde câriye ölmüş idiyse câriyenin değeri konusunda tanıkların sözü kabul edilir. Çünkü fazlalığı inkar etmektedirler. Câriye hayatta olsa da tanıklar "Câriyenin değeri arttı" deseler, sözleri kabul edilmez. Câriyenin o gündeki değerini öderler. Ancak söylediklerine delil getirirlerse o zaman o miktarı öderler.

Çünkü câriyenin o andaki değeri geçmişteki değerini de açık bir şekilde göstermektedir. Hükmü açıkta olana göre vermek ise farzdır. Bunun aksini iddia eden kimse delil getirmekle yükümlüdür. [17/19]

Delil getirirlerse bu delil kabul edilir. Ancak mirasçılar da "Câriyenin değeri bunlar tanıklık ettiği gün, şimdi söyledikleri miktardan çoktu" diye iddia edip delil getirirlerse mirasçıların öne sürdüğü delili kabul edilir. Çünkü o, fazlalığı ispat etmektedir.

Vesâyete tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

Tanıklar, ölenin terikesinde falanca kimseyi vasî yaptığına tanıklık etseler ve hakim bu tanıklıkla hükmetse, sonra tanıklıktan dönseler hiçbir şey ödemezler.

Çünkü ne mirasçıların, ne de miras bırakanın herhangi bir şeyini telef etmiş değillerdir. Onlar adına malı koruyacak ve üzerinde kullanımda bulunacak birini belirlemişlerdir. Bu ise mirasçıların herhangi bir şeyinin telef edilmesini gerektirmez.

Vasî malı tüketse o öder. Çünkü mal, elinde emanetti. Tanıklar ise ödemekle yükümlü değildir. Çünkü onlar, malın kendisinde hak sahibi olduğuna tanıklık etmemişlerdir. Vasî malı kendi tercihiyle tüketip telef etmiştir. Dolayısıyla ödeme yükümlülüğü ona aittir. Allah daha iyi bilir.

TANIKLIK ÜZERİNE TANIKLIKTAN DÖNME (I)

Olaya tanıklık ile tanıklığa tanıklık

İki kişi bir konuda dört kimsenin tanıklık ettiğine tanıklık etse, iki tanık da iki kimsenin bir hak konusundaki tanıklığına tanıklık etse, hakim o tanıklıkla hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, dört kişinin tanıklığına tanıklık edenler hakkın üçte ikisini, diğer iki tanık ise üçte birini öderler. Bu Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür.

Muhammed (rh.a.) ise ödeme yükümlülüğünün iki tanık grubuna yarı yarıya ait olduğunu söylemiştir. Çünkü tanıklıktan dönme durumunda ödeme sorumluluğunu gerektirmesi açısından her grubun başkasının tanıklığına tanıklık etmesi kendi tanıklığına tanıklık etmesi gibidir.

Görmez misin tanık gruplarından her biri diğer grup olmadan, kendi tanıklıklarına veya başkasının tanıklığına tanıklık edecek olsalar, tanıklıkları ile telef etme gerçekleşecektir. İki kimsenin tanıklığına tanıklık etmeleriyle dört kimsenin tanıklığına tanıklık etmeleri arasında fark yoktur. Telef etme temel nedeninde birbirine denk olunca, tanıklıktan dönme durumunda ödeme yükümlülüğünde de denk olurlar. Çünkü iki tanığın dört kişinin tanıklığına tanıklık etmesi, bir hak konusunda doğrudan tanıklık etmelerinden daha zayıftır. Çünkü doğrudan bir hakka tanıklık etmeleri durumunda bir olayı gördüklerine tanıklık etmektedirler. Dört kimsenin tanıklığına tanıklık etmeleri durumunda ise habere dayanarak tanıklık etmektedirler.

Bir hakka doğrudan tanıklık etseler, başka iki kimse de aynı hakka tanıklık etse, sonra tanıklıktan dönseler, ödeme yükümlülüğü tanık gruplarından her birine yarı yarıya ait olur. Bu meselede de böyledir.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedirler: Dört kişinin tanıklığına tanıklık edenler görünüş bakımından iki, gerçekte ise dört kişi hükmündedir. Çünkü hüküm, füru (2. derecedeki) tanıkların tanıklığı ile değil, asıl (1. derecedeki) tanıkların tanıklığı ile verilir. Bundan dolayı asıl tanıkların âdil olup olmadıkları dikkate alınır. Çünkü füru tanıkları asıl tanıkların tanıklığını hüküm meclisine taşımaktadır. Dolayısıyla asıl tanıklar hüküm meclisinde hazır bulunmuş ve tanıklık etmiş gibi olurlar.

Buna göre bu tanıklık, bir hakka dört kişi ve iki kişinin ayrı ayrı tanıklık etmeleri ve hakimin hükmünden sonra tanıklıktan dönmeleri hükmünde olur. Dolayısıyla ödeme yükümlülüğü altı pay olarak değerlendirilir.

Dört tanık hüküm meclisine gelip tanıklık etseler ve onunla hüküm verilse, sonra da tanıklıktan dönseler, ne ile yükümlü olacak idiyseler mahkemedeki tanıklığı ile, onların tanıklığını ispat eden kimselerin yükümlü olacağı da odur. Bunlar da dört kişinin tanıklığına tanıklık edenlerdir. **[17/20]**

Görmez misin dört tanık iki kişinin tanıklığına, diğer iki tanık da iki kimsenin tanıklığına tanıklık etse, hakim hüküm verdikten sonra tanıklıktan dönseler, ödenecek miktarın yarısı dört tanığa, diğer yarısı iki tanığa aittir. Bu, füru tanıklarının değil, asıl tanıkların sayısı dikkate alınarak böyledir. Birinci durumda da böyledir.

Muhammed (rh.a.) ise iki meseleyi birbirinden ayırmakta ve şöyle demektedir:

Dört tanığın iki kimsenin tanıklığına tanıklık etmesi, doğrudan hakka tanıklık etmelerinden daha zayıftır. Bundan dolayı iki tanık doğrudan hakka tanıklık edince onları bağlayan şey bunları bağlamaz. Birinci meselede de aynı şekilde şöyle demektedir: İki tanığın dört kimsenin tanıklığına tanıklık etmesi hakka doğrudan tanıklık etmelerinden daha zayıftır. Bu nedenle onları hakka doğrudan tanıklık etmiş olmaları durumunda yükümlü olacakları şeyden fazlasıyla yükümlü tutmak câiz değildir. Her iki durumda da tanıkların doğrudan tanıklıkları ve asıl tanıkların tanıklığına tanıklık etmekten hangisi daha az yükümlülük getiriyorsa, onu dikkate alırım. En az yükümlülük getirene göre hükmederim. Bu bir tür istihsandır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşleri ise kıyastır.

İki tanık, bir olay hakkında iki kimsenin tanıklığına, başka iki tanık da başka iki kimsenin tanıklığına tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra, her iki tanık grubundan birer kişi tanıklıktan dönseler, tanıklıktan dönenler malın dörtte birin öderler.

Çünkü her bir gruptan bir tanığın kalması ile hakkın yarısı devam eder. Çünkü bir tanık, diğer tanıkla birlikte bütün malda tam bir delildir. Dolayısıyla onun tanıklıkta devam etmesiyle malın yarısındaki hak devam eder. Diğer tanık grubundan bir tanığın tanıklıkta devam etmesi ile de malın yarısındaki hak devam eder. Ancak bu yarının yarısı, diğer gruptan tanıklıktan dönmemiş olan tanığın tanıklığı ile devam eden hakkın içinde yer alır. Dolayısıyla tanıklıkta devam etmesiyle bu yarının yarısındaki kısımda hakkın devam ettiği kabul edilir. Bu durumda delil yalnızca malın dörtte birinde kalkmıştır. Dolayısıyla tanıklıktan dönenler malın dörtte birini öderler.

Bazı nüshalarda "Tanıklıktan dönenlerden her biri malın dörtte birini öder" ifadesi yer almıştır. Bu hükmün dayanağı ise şöyledir: Tanıklar hepsi birden tanıklıktan dönseler, tanıklardan her biri malın dörtte birini öder. Burada iki tanığın tanıklıkta devam etmesi ile malın tamamındaki delil kalmamıştır. Bu nedenle tanıklıktan dönenler, bütün tanıkların dönmesi durumunda ne kadar ödüyorsa o miktarı öderler. Bu da malın yarısıdır.

Bunun Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşü olduğu söylenmiştir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise, tanıklıktan dönenler malın yarısına ilave olarak dörtte birini (toplam dörtte üçünü) öderler. *el-Camiu's-sağîr*'de böyle denilmiştir. Bu meşhur "fie meselesi"dir ve tanıklıkta devam edenlerin kuvvet ve zayıflık bakımından

durumlarına göre çözümlenir. Muhammed (rh.a.) orada tek bir yönlü olan tanıklıktan dönme meselesini, delilini tamamlamak için belirtmiş ve tanıklıktan dönenleri malın sekizde üçünü ödemekle yükümlü tutmuştur. Delilini tamamlamak için üç açıklama şekli (yönü) olan bir mesele daha söylemiş ve tanıklıktan dönenleri malın sekizde ikisini ödemekle yükümlü tutmuştur. Sonra da şöyle demiştir:

Bu meselede delili tamamlamak için iki yol vardır. Bir kimse, ya iki tanık grubundan birinin, ya da diğerinin tanıklığına tanıklık etmiştir. Bu durumda tanıklıkta devam edenlerin durumu, birinci durumdakinden daha kuvvetli, ikinci durumdakinden daha zayıf olur. Bundan dolayı tanıklıktan dönenler, malın dörtte üçünü ödemekle yükümlü olurlar.

Biz bu meseleyi *el-Camiu's-sağîr* üzerine yazdırdığımız şerhte açıklamıştık.

[17/21]

İki kişi diğer iki kimsenin bir olayla ilgili tanıklığına tanıklık etse de hakim o tanıklıkla hüküm verse, sonra ilk iki tanık (asıl tanıklar) hakime gelip "Biz bunları tanıklığımıza tanık tutmadık" deseler, hakimin verdiği hüküm olduğu gibi kalır. Çünkü onların inkârları, yalana da doğruya da olasılığı olan bir haberdir. Dolayısıyla hakimin verdiği karar bozulmaz. Bu, onların bizzat kendileri tanıklık edip hakim hükmettikten sonra tanıklıktan dönmeleri gibidir. Fakat bu meselede asıl tanıkların ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü telef etme nedeni olan tanıklıklarına tanık tuttuklarını inkar etmişlerdir.

Asıl tanıkların fer tanıkları yalanlamaları

Asıl tanıklar "Biz bunları tanıklığımıza tanık tutmuştuk. Fakat döndük" deseler, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hüküm yine aynıdır. Muhammed (rh.a.) ise şöyle demiştir: "Asıl tanıklar malı öder. Çünkü fer'î tanıklar tanıklığı mahkemeye taşımak konusunda asıl tanıkların yerine geçmişlerdir. Hakimin kararı ise asıl tanıkların tanıklığı ile gerçekleşmiştir. Bu nedenle onların adaleti göz önünde bulundurulur. Sanki onlar bizzat gelmiş, tanıklık etmiş ve sonra da tanıklıktan dönmüş gibidir. Bu nedenle öderler.

Mahkeme haricinde tanıklıktan dönme

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: Asıl tanıklar mahkeme dışında tanıklık etmişlerdir. Mahkeme dışındaki tanıklık ise bir şeyi telef etme nedeni olamaz. Bu nedenle tanıklıktan dönseler bile, ödemekle yükümlü olmazlar. Çünkü tanıklık, tanıklıktan dönme gibi, sadece hakim huzurunda olabilir.

Biz daha önce mahkeme dışında tanıklıktan dönmenin, tanıkları ödemekle yükümlü kılmayacağını açıklamıştık. Mahkeme dışındaki tanıklık da böyledir. Biz fer'î tanıkların, tanıklığı mahkemeye taşımak konusunda asıl tanıkların vekili (nâibi) olduklarını söylemiyoruz. Çünkü asıl tanıklar, fer'î tanıkları tanık tuttuktan sonra tanıklığı yerine getirmekten yasaklasalar bile, dâvacı istediği zaman tanıklığı yerine getirmeleri gerekir. Asıl tanıkların vekili olmuş olsalardı, asıl tanıklar kendilerini tanıklıktan men edince böyle yapamazlardı.

Fer'î tanıklar yüklendikleri şeye tanıklık ederler. Bu da asıl tanıkların onları kendi tanıklıklarına tanık tutmalarıdır. Fer'î tanıklar bir hakka doğrudan tanıklık

edecek olsalardı, hiç kimsenin vekili olmayacaklardı. Asıl tanıkların tanıklığına tanıklık etmeleri durumunda da böyle olmalıdır.

Asıl ve fer'î tanıkların hepsinin tanıklıktan dönmeleri

Asıl ve fer'î tanıklar hep birlikte tanıklıktan dönseler, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ödeme yükümlülüğü yalnızca fer'î tanıklara aittir. Çünkü açıkladığımız üzere telef etme nedeni mahkemedeki tanıklıktır. Mahkemede tanıklık edenler ise asıl tanıklar değil, fer'î tanıklardır. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda ödeme yükümlülüğü onlara aittir.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise aleyhinde tanıklık yapılan kimse muhayyerlik hakkına sahiptir. İsterse fer'î tanıklarına, isterse asıl tanıklara ödettirir. Çünkü her iki grup da tanıklıktan dönecek olsa, Muhammed (rh.a.)'e göre, hakkında hüküm verilen malı ödeyeceklerdi.

Her iki grup da tanıklıktan dönünce, her grup tanıklıktan dönme konusunda tek başına gibi kabul edilir. Aleyhine tanıklık yapılan kimse, seçme hakkına sahip olur. Çünkü iki grubun yaptığı tanıklıklar aynı cinsten değildir. Asıl tanıkların tanıklığı hakkın kendisi konusunda idi. Fer'î tanıkların tanıklığı ise asıl tanıkların tanıklığı konusundadır. Dolayısıyla iki tanıklık aynı cinsten değildir. Bu nedenle hepsi bir tanıklık gibi kabul edilip ödeme yükümlülüğü hepsine verilemez. Her grup tek başına tanıklıktan dönmüş gibi kabul edilir. Aleyhine tanıklık edilen kimse seçme hakkına sahip olur. İki gruptan istediğine ödettirir. Nitekim bir kimse diğerinin malını gasbetse bir diğeri de o malı gasbedenden gasbetse, mal sahibi iki gasbedenden istediğine ödettirebilir. Allah daha iyi bilir.

HAD CEZALARINDA VE DİĞER CEZALARDA TANIKLIKTAN DÖNMEK (II)

[17/22]

Hırsızlığa tanıklık eden tanıkların cezanın infâzından sonra dönmeleri

İki tanık bir kimsenin belirli olan bin dirhemi çaldığına tanıklık etseler, onun eli kesilse, sonra tanıklıktan dönseler, biz Hanefîlere göre tanıklara kısas cezası verilmez. Kendi mallarından elin diyetini öderler.

Çünkü elin kesilmesi onların tanıklığıyla gerekmiştir. Kısas cezası eşitlik esasına dayalıdır. Bir şeyi bizzat yapmakla, neden olmak arasında ise eşitlik yoktur. Diğer yandan bir el karşılığında iki el kesilmez. İbrahim (en-Nehaî), Ali (r.a.)'den böyle nakletmiş ve şöyle demiştir: "Bir el karşılığında iki el kesilmez" Tanıklıktan dönenlere kısas cezası verilmesi mümkün olmayınca, kendi mallarından elin diyetini öderler. Çünkü tanıklıktan dönmeleri bir sözdür. Söz ise âkileyi bağlayan bir delil değildir.

Tanıklar bin dirhemi de öderler. Çünkü aleyhinde tanıklık yaptıkları kimsenin bin dirhemini telef etmişlerdir. Canla veya organlarla ilgili olan bütün kısas cezaları böyledir.

Şâfiî (rh.a.) tanıklıktan dönme durumunda tanıklara kısas cezası verileceğine hükmetmiştir. Mesele "diyetler konusu"ndadır.

Zinaya tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

Dört tanık, bir kimsenin zina ettiğine tanıklık etseler, adam muhsan[7] olmasa, devlet başkanı ona sopa vursa ve sopalar bedenini yaralasa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, tanıklar yaralama diyetini vermez. Muhammed ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise verir. Bu konuyu "Had Cezaları" bahsinde açıklamıştık.

Sopalar bedenini yaralamasa tanıkların telef etme nedeniyle ödeme sorumlulukları olmaz. Nitekim insanlar bir kimseyi yaralamadan dövseler, ödemekle yükümlü olmazlar. İftira cezası, şarap içme cezası ve tazir cezaları da böyledir.

Birden çok şeye tanıklık eden tanıkların bazı tanıklıklardan dönmeleri

İki tanık, bir kimsenin kölesini özgür kıldığına tanıklık etse, dört tanık da kölenin muhsan olduğuna ve zina ettiğine tanıklık etse, hakim de tanıklıklarını kabul edip kölenin özgür olduğuna hükmetse, recmettirse (taşlayarak öldürtse) sonra tanıklar tanıklıktan dönseler; özgür kılmaya tanıklık edenler kölenin değerini efendiye öderler. Çünkü özgür olmaya tanıklık etmeleriyle kölenin mal olma özelliğini ortadan kaldırmışlardır. Zina tanıkları da kölenin başka mirasçısı yoksa diyetini efendiye öderler. Çünkü haksız yere kölenin zina ettiğine ve muhsan olduğuna tanıklık ederek canını telef etmişlerdir.

"Efendi, kölenin özgür olduğunu inkar ediyordu. Tanıklar diyeti neden ödesin?" denilirse, biz şöyle cevap veririz: Çünkü hakim kölenin özgür olduğuna hükmetmiştir. Hakimin hükmünden sonra efendinin hakimin hükmüne aykırı bir şey iddia etmesi dikkate alınmaz.

"Efendi bir can karşılığında nasıl iki bedel alabilir" denilirse, biz şöyle cevap veririz: Özgür kılma tanıklarının kölenin değerini ödeme yükümlülüğü kölenin mal olma özelliğinin bedelidir. Diyet ödeme yükümlülüğü ise can olma bakımındandır. Diğer yandan diyet, efendiye değil, öldürülene aittir. Bu nedenle öldürülen kimsenin diyetinden vasiyette bulunması ve borçlarını ödemesi câizdir.

Görmez misin öldürülen kölenin özgür bir oğlu olsa, diyet efendinin değil onun olur. Onun, öldürülen kölenin oğlu olduğuna tanıklık etseler, diğer tanıklar da kölenin zina ettiğine ve muhsan olduğuna tanıklık etseler sonra da tanıklıktan dönseler nesep tanıkları değeri, zina tanıkları da diyeti ödemekle yükümlü olmaz mı?

---

[7] **Muhsan /المحصن:** Âkil, bâliğ, hür, Müslüman ve iffetli olan erkek anlamına gelir. Bu özelliklere sahip bayana ise "muhsane" denir. Bu şartlar kazf muhsanlığı için geçerlidir. Recim uygulaması için gerekli olan ihsanda bunlara ek olarak hür bir kadınla meşrû bir evlilik içinde fiilen cinsel ilişkide bulunmuş olma şartı da bulunmaktadır.

Kölenin özgür olduğuna tanıklık edenler zina ettiğine tanıklık edenlerin bir kısmı ise değerden, diyetteki paylarını ödemekle yükümlüdürler. Çünkü tanıklık konusu aynıdır. Tanıkların bu hususta ifade birliği veya ayrılığı olması birdir.

Kölenin özgür olduğuna tanıklık edenler bir erkek, iki kadın ise yine böyledir. Çünkü özgür olma had cezasına neden değildir. Şüphe ile sabit olan şeylerdendir. Bu nedenle bir erkek, iki kadının tanıklığı iki erkeğin tanıklığı gibidir.

Dört tanık, bir kölenin özgür olduğuna, zina ettiğine ve muhsan olduğuna tanıklık etseler ve hakim, bütün bunları onaylasa, sonra tanıklar özgür olma tanıklığından dönseler, döndüklerini ikrar ettikleri için kölenin değerini öderler. [17/23]

Çünkü onlar efendinin malını haksız yere telef etmişlerdir. Diyetle yükümlü değillerdir. Çünkü zina tanıklığında ısrar etmektedirler. Özgür kılma tanıklığı konusunda onlar ihsan (muhsan olma) tanıkları hükmündedir. İhsan tanıklarının tanıklıktan dönmesi biz Hanefîlere göre onları ödemekle yükümlü kılmaz.

Tanıklardan ikisi zina tanıklığından, ikisi de özgür kılma tanıklığından dönseler, özgür kılma tanıkları ödemekle yükümlü olmazlar. Çünkü kölenin özgür olduğuna yapılan tanıklıkta yeterli sayı devam etmektedir. Zina tanıklığından dönenler ise diyetin yarısını öderler. Çünkü recim hükmünde tanıklıkta, devam edenler yarım delildir. Dolayısıyla tanıklıktan dönenler diyetin yarısını öderler. İftira suçu nedeniyle had cezası verilir.

Recim cezası uygulanırken tanıkların dönmeleri

Dört kişi bir kimsenin zina ettiğine ve muhsan olduğuna tanıklık etse ve hakim o tanıklıkla hükmedip zina ettiği iddia edilenin recmedilmesini emretse, taşlar onu yaralamış olsa ve henüz hayatta iken tanıklar tanıklıktan dönseler, hakim adamın recmedilmesine engel olur. Bu, onu recmetmeye başlamadan önce tanıkların tanıklıktan dönmesi gibidir. Çünkü devlet başkanı, var olan bir delil olmadan had cezası veremez. Tanıklar tanıklıktan döndükten sonra ise delil kalmamıştır. Tanıklar, aleyhinde tanıklık yaptıkları kimsenin yaralanma diyetini öderler. Çünkü, bu onların tanıklığı ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla onu ödeme yükümlülüğü, tanıklıktan dönmeleri durumunda tanıklara aittir.

İki tanık, bir kimsenin kasten adam öldürmeye karşılık bin dirhem karşılığında sulh yaptığına tanıklık etseler, sonradan tanıklıktan dönseler; sulhu inkâr eden taraf hangisi olursa olsun tanıklar bir şey ödemezler.

Çünkü sulhu inkâr eden taraf öldürenin yakınları (velileri) ise, tanıklar onun hakkının bedel karşılığında düştüğüne tanıklık etmişlerdir. Biz daha önce açıklamıştık ki velinin bedelsiz olarak affettiğine tanıklık etseler, sonra tanıklıktan dönseler, bir şey ödemezler. Bu durumda ödememeleri önceliklidir. İnkar eden taraf, öldüren ise o, sulh yaptığı kimseye canını teslim etmiştir. Tanıkların onu borçlandırdıkları şey ise canının bedelinden daha düşüktür. Biz onun açısından canın değeri (mütekavvim) olduğunu açıklamıştık. Bundan dolayı ölüm hastalığı

sırasında diyet miktarı karşılığında veya daha düşük bir bedelle sulh yapsa, malının tamamından hesap edilir. Bundan dolayı tanıklar ona bir şey ödemezler.

Tanıklar bir kimsenin diğeri ile yirmi bin dirhem karşılığında sulh yaptığına tanıklık etse, öldüren kimse de bunu inkar etse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, diyetten fazla olan miktarı öderler. Çünkü onu bedelsiz olarak diyetin üzerinde bir mal ile borçlandırmışlardır. Yaralamalarda da tanıklar organ diyeti miktarında veya daha az bir sulh bedeli ile sulh yapıldığına tanıklık etseler, tanıklıktan dönmeleri durumunda diyeti ödemezler. Organ diyetinin üzerinde bir miktar karşılığında sulh yaptıklarına tanıklık etseler, yaralayan inkar ediyorsa, diyetin üzerinde kalan miktarı ona öderler.

Alacağa sulh yapıldığına tanıklık edenlerin tanıklıktan dönmeleri

Alacaklı "Ben seninle bin dirhem karşılığında sulh yaptım" dese, dâvalı da "Hayır, beş yüz dirhem karşılığında" dese yeminiyle birlikte dâvalının sözü kabul edilir. Çünkü o, fazlalığı inkar etmektedir. Alacaklı sulh bedelinin bin dirhem olduğuna delil getirse, hakim de onun o miktarı alacağına hükmetse, sonra tanıkları tanıklıktan dönse, tanıklıkları ile gereken beş yüz dirhemi dâvalıya öderler. Çünkü onların tanıklığı olmasa inkar edenin sözü kabul edilecekti. Bu fazlalık onların tanıklığı ile gerekli olmuştur.

Kısas veya diyeti gerektiren suçu affa tanıklık edenlerin dönmeleri

İki tanık, bir kimsenin yanlışlıkla öldürmeyi veya yanlışlıkla yaralamayı, ya da diyet gerektiren kasıtlı bir suçu affettiğine tanıklık etseler, sonra tanıklıktan dönseler, diyeti ve yaralamanın erşini (organ diyeti) öderler.

Çünkü tanıklıkları ile aleyhine tanıklık ettikleri kimsenin malını telef etmişlerdir. Çünkü yanlışlık ödemeyi gerektirir. Bundan dolayı tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu öderler. Fakat, gerekli olan nitelikle öderler. Diyet üç yılda ödenecek vadeli bir borçtu. Bundan dolayı onu üç yılda ödemeleri gerekir. Yaralama erşinden beş yüz dirhemden yukarı diyetin üçte birine kadar olan miktarı birinci yılda, bunun üzerindeki diyetin üçte birine varan miktarı ise diğer yılda öderler. Organ diyeti beş yüz dirhemin altında ise peşin öderler. Diyet de böyledir. Diyet peşin olarak gerekse ve alacaklı diyetten henüz bir şey almamış olsa, tanıklar öldürülenin velisinin öldüreni borçtan kurtardığına tanıklık etse, hakim öldürenin borçsuzluğuna hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, bu miktarı peşin olarak öderler. Çünkü aleyhine tanıklık yaptıkları kimsenin malını böyle telef etmişlerdir.

[17/24]

Görmez misin kaliteli dirhemi de, kalitesiz dirhemi de dengiyle öderler. Çünkü onlar, haksızlığı giderme (cübrân) yoluyla ödeme yükümlüsü olmuşlardır. Bu ise ödeme bedelinin, telef olana denkliği ile gerçekleşir.

İki kimse diğerinin elindeki kölenin falanca kimseye ait olduğuna tanıklık etse, hakim de kölenin o kimseye ait olduğuna hükmetse, kölenin zilyedi bunu inkar etse, sonra tanıklar tanıklıktan dönse, bunun üzerine hakim tanıkları ödemekle yükümlü tutsa, tanıklar borcu ödese veya ödemese, sonra lehine tanıklık yapılan

kimse köleyi ilk zilyedine (aleyhinde tanıklık yapılan kimseye) bağışlasa ve o da köleyi teslim alsa, tanıklar ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Ödediklerini geri isterler. Çünkü ödemekle yükümlü olmalarının nedeni, aleyhine tanıklık yaptıkları kimsenin zararını gidermekti. Kölenin efendisinin eline bedelsiz olarak geri dönmesiyle buna ihtiyaç kalmamıştır. Efendi ise kölenin, kendisine, lehine tanıklık yapılan kimsenin bağışlamasıyla değil, eski mülkü olarak teslim edildiğini iddia etmektedir. İddiası ise kendisi hakkında geçerlidir.

Bağışlayan, bağıştan vazgeçip köleyi geri alsa aleyhine tanıklık yapılan kimse tanıklardan ödeme bedelini geri alır. Çünkü köle üzerindeki mülkiyet hakkı ve zilyetliği onların tanıklığı ile kalkmıştır. Onların tanıklığı olmasa lehine tanıklık yaptıkları kimse köleyi geri alamayacaktı. Diğer yandan bağış, bağış yapanın dönmesi ile bozulunca, hiç meydana gelmemiş gibi olmuştur.

Lehine tanıklık yapılan kimse ölse, aleyhine tanıklık yapılan kimse de ondan köleye mirasçı olsa, tanıklar ona verdiklerini geri alırlar. Çünkü o, kölenin, eline lehine tanıklık yapılan kimsenin ölmesiyle değil, önceki mülkiyet hakkı nedeniyle ulaştığını iddia etmektedir. Köle öldürülse ve lehine tanıklık yapılan kimse onun değerini öldürenden alsa, aleyhine tanıklık yapılan kimse ondan kölenin değerine mirasçı olsa, hüküm yine böyledir. Çünkü kölenin değerinin, eline dönmesi bizzat kendisinin dönmesi gibidir. Ölenin terikesinden kölenin değerine denk bir şeye mirasçı olsa yine böyledir. Çünkü onun iddiasına göre kölenin değeri, lehine tanıklık yapılan kimseden alacağı bir borçtur. Onun terikesini mirasa sayarak değil, borcuna sayarak almıştır. Kendisiyle birlikte başka bir mirasçı olsa ve ölenin terikesinden kendi payına kölenin değerine denk bir miktar kalsa, bu miktar – iddiası doğrultusunda- kendi hakkında borcuna karşılık sayılır. Onun nedeniyle eksiklik ortadan kalkar. Dolayısıyla zararı giderme yoluyla lehine tanıklık yapılan kimseye ödettirmek vacip olmaz.

İki tanık, bir kimsenin bir kadınla bin dirhem karşılığında evlendiğine tanıklık etse, bu miktar o kadının emsal mehiri olsa, fakat koca bunu inkar etse, hakim bu tanıklıkla hükmettikten sonra aleyhinde tanıklık yapılan kimse kadını hakimin huzurunda boşasa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, ödeme yükümlülükleri olmaz.

Çünkü kocayı, borçlandırdıklarına denk bir şeye malik kılmışlardır. Çünkü kadının cinselliği, kocanın mülküne girince değerli (mütekavvim) olur. Diğer yandan mehirin yarısının kocanın zimmetinde bir borç olması, kendi tercihiyle kadının boşaması sonucu olmuştur. Koca "mehir belirlemeksizin evlendim" dese, tanıklar müt'a ile kocanın ödediği beş yüz dirhem arasında kalan miktarı öderler. Çünkü bu durumda evlilik, tanıkların ve kocanın ifade birliği ile sabit olmuştur. Tanıkların tanıklığı olmasa, mehrin belirlendiğini inkar eden tarafın sözü kabul

[17/25] edilecekti. Bu durumda ise boşama gerçekleştiğinde müt'adan fazla bir şey gerekmez.

Müt'adan beş yüz dirheme kadar olan kısım onların tanıklığı ile kocanın borcu olmuştur. Bu nedenle tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu öderler.

Diğer iki tanık da koca, eşini boşamadan önce cinsel ilişkinin olduğuna tanıklık etse, sonra bütün tanıklar tanıklıktan dönse, gerdeğe tanıklık edenler yalnızca beş yüz dirhem öderler. Çünkü bu beş yüz dirhem onların gerdeğe tanıklık etmesi ile, boşamadan önce kocanın borcu olmuştur. Müt'a ile beş yüz dirhemin üzerindeki miktarı ise gerdek tanıkları ile bin dirhem mehire tanıklık edenler yarı yarıya öderler. Çünkü kocanın bu miktar ile borçlanması, her iki tanık grubunun tanıklığı ile olmuştur.

Diğer iki tanık da boşamaya tanıklık etse, hakim her üç tanıklık ile hükmetse, sonra tanıklıktan dönseler, gerdeğe tanıklık edenler beş yüz dirhemi öderler. Çünkü bu miktarın kocanın borcu olması yalnızca onların tanıklığı iledir. Müt'a ile birincinin yarısına kadar olan miktarı gerdek tanıkları ile mehirin belirlendiğine tanıklık edenler öder. Müt'a miktarını ise gerdek tanıkları, mehirin belirlendiğine tanıklık edenler ve boşama tanıkları üç eşit parça olarak öderler. Her iki tanık, müt'a miktarının üçte birini öder. Çünkü bu miktarın kocanın borcu olması her üçünün tanıklığı iledir.

İki tanık, bir kimsenin bin dirhem mehir karşılığında bir kadınla evlendiğine tanıklık etse, kadının emsal mehri beş yüz dirhem olsa, diğer iki tanık gerdeğin gerçekleştiğine, başka iki tanık da boşamaya tanıklık etse, koca da bütün bunları inkar etse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, evliliğine tanıklık edenler beş yüz dirhem öderler. Çünkü kocayı bin dirhem ile borçlandırmışlar ve bunun yerine beş yüz dirheme denk bir bedel sağlamışlardır. Bunun üzerini ise bedelsiz olarak telef etmişlerdir. Bu nedenle bu miktarı öderler. Bunun ötesinde bir ödeme yükümlülükleri yoktur.

Görmez misin tanıklar onun beş yüz dirhem mehir karşılığında evlendiğine tanıklık etmiş olsalar, hiçbir şey ödemeyeceklerdi. Geriye kalan beş yüz dirhemde ise ödeme yükümlülüğü gerdek tanıklarına aittir. Çünkü bu miktar onların gerdeğe tanıklık etmesiyle gerekmiştir. Dolayısıyla beş yüz dirhemin üzerindeki miktara tanıklık edenlerin ödeyeceği beş yüz dirhem taksim edilmemiş ortak paydır (şayidir). Geriye kalan beş yüz dirhem de gerdeğin kesinlik kazandığı miktarın yarısında şayi olur. Dolayısıyla bunu gerdek tanıklarının ödemesi gerekir. Bu beş yüz dirhemin yarısı ise gerdek tanıkları ile boşama tanıkları arasında yarı yarıyadır. Çünkü bu miktarın kocanın üzerinde bir borç olması her iki tanık grubunun tanıklığı iledir.

Dört kimse bir kimsenin bir borcu olduğuna tanıklık etse, fakat tanıklardan ikisi beş yüz dirhem, diğer ikisi ise bin dirhem borçlu olduğuna tanıklık etseler,

hakim bununla hükmetse, sonra bin dirheme tanıklık edenlerden birisi tanıklıktan dönse, bin dirhemin dörtte birini öder. Çünkü bin dirhemin yarısı kendisinin ve diğer tanığın bin dirheme tanıklık etmesi ile sabit olmuştur. Delil ise bin dirhemin yarısında ortadan kalkmıştır. Onunla birlikte beş yüz dirheme tanıklık edenler de tanıklıktan dönse bin dirheme tanıklık eden bin dirhemin dörtte birini öder. Nitekim bunu açıklamıştık. Bin dirheme tanıklık eden ile beş yüz dirheme tanıklık eden iki tanık üç eşit parça olarak dörtte biri öderler. Çünkü bin dirhemin diğer yarısına tanıklık edenler dört kişiydi. Tanıklardan birinin tanıklıkta devam etmesi ile bin dirhemin yarısı olduğu gibi kalmıştır. Bu nedenle tanıklıktan dönenler, bu yarının yarısını üç eşit parça olarak öderler.

Beş yüz dirheme tanıklık edenlerden birisi tek başına veya ikisi birlikte tanıklıktan dönse, hiçbir şey ödemezler. Çünkü tanıklığı ile delilin tamam olduğu iki kişi, bu beş yüz dirheme tanıklıkta devam etmektedir. Hepsi birlikte dönerse, bin dirheme tanıklık edenler, beş yüz dirhemi diğer tanıklardan ayrı olarak öderler. Çünkü bu kısım, onların tanıklığı ile gerekli olmuştur. Geriye kalan beş yüz dirhem ise aralarında dört parçadır. Çünkü dördünün tanıklığı ile sabit olmuştur. Dolayısıyla tanıklıktan dönmeleri durumunda ödeme yükümlülüğü aralarında dört eşit parçadır. Bin dirheme tanıklık eden her iki tanık ile beş yüz dirheme tanıklık edenlerden biri tanıklıktan dönse bin dirhemin yarısını, yalnızca bin dirheme tanıklık edenler öder. Dörtte bir ise aralarında üç parçadır. Çünkü beş yüz dirheme tanıklık edenlerden birinin tanıklıkta devam etmesiyle, bin dirhemin dörtte birinde delil devam etmiştir. [17/26]

Tanıklar, özgür olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin falanca kimsenin kölesi olduğuna tanıklık etse, hakim bu tanıklıkla hükmetse, sonra tanıklıktan dönseler, köleye karşı ödeme yükümlülükleri yoktur. Çünkü görünüş itibarıyla kölenin sabit olan özgürlüğünü iptal etmişlerdir. Özgürlük ise mal değildir. Diğer yandan ödeyecek olsalar, köleye ödeyeceklerdir. Köleye ait olan şey ise efendisine ait demektir. Efendisi ise tanıkların dönmesini inkar etmektedir.

Bu köle bir mal karşılığında mükâtebe akdi yapmış veya mal karşılığında kendini satın almış sonra tanıklar dönmüşse, tanıklardan yine bir şey alamaz. Çünkü özgür kılmaktan ve mükâtebe akdinden önce tanıklıktan dönmüş olsalar, bir şey ödemezler. Özgür kılmaktan ve mükâtebe aktinden sonra da böyle olmalıdır. Diğer yandan bu malı köle kendi iradesiyle borçlanmıştır. Dolayısıyla bunu tanıklardan isteme hakkına sahip olmaz.

Bir kimse ölüp iki köle, bir câriye ve mal bıraksa, iki tanık bir kimsenin ölenin ana-baba bir erkek kardeşi ve mirasçısı olduğuna ve ölenin başka mirasçısı olmadığına tanıklık etseler, hakim de malın, iki köle ve bir câriyenin onun olduğuna hükmetse, daha sonra diğer iki tanık kölelerden birinin ölenin oğlu olduğuna tanıklık etseler, hakim bunu da kabul edip mirasın tamamını ona verse,

sonra diğer iki tanık ikinci kölenin ölenin oğlu olduğuna tanıklık etse, hakim bununla da hükmetse, sonra diğer iki tanık, ölenin câriyesini özgür kılıp yaşarken ve sağlıklı iken onunla evlendiğine tanıklık etse, hakim buna da hükmedip câriyeyi de onlarla birlikte mirasçı kılsa, sonra birinci kölenin lehine tanıklık edenler tanıklıktan dönse, kölenin değerini ikinci oğul ile kadın arasında sekiz parça olarak öderler. Çünkü onların tanıklığı olmasa lehine tanıklık yapılan kölenin rakabesi ikinci oğul ile kadın arasında sekiz pay olacaktı. Bu, onların tanıklığı ile telef olmuştur. Tanıklar tanıklıktan dönmekle bunu bedelsiz olarak telef ettiklerini ikrar etmişlerdir.

Yine (birinci oğlun tanıkları) dönmese de ikinci oğlun tanıkları dönse, değerini birinci oğul ile kadın arasında sekiz pay olarak öderler. Ölenin mirasını ise eşine değil de erkek kardeşine öderler. Çünkü bunların tanıklığından önce mirasın tamamı hakimin hükmü ile ona ait olmuştu. Onlar onun hakkını tanıklıkları ile telef ettiler. Tanıklıkları ile kadının herhangi bir şeyini telef etmediler. Çünkü tanıklık sırasında kadının miras üzerinde herhangi bir hakkı yoktu. Daha sonra evliliğe getirilen delil ile miras hakkı sabit olmuştur. Bundan dolayı birinci durumda tanıklar birinci oğlun mirasçı olduğu şeylerden hiçbirini ödemezler. Çünkü tanıklıkları ile bu malın ikinci oğla ve kadına karşı kazanıldığını ispat etmiş değillerdir. Onların tanıklığı sırasında hakkı olma henüz açık değildi. Daha sonra nedeninin sabit olmasıyla sabit oldu. Kardeşe de bir şey ödemezler. Çünkü bunların tanıklığı ile erkek kardeşin elinden alınan, başkalarının tanıklığı ile zaten elinden alınmıştır. Dolayısıyla erkek kardeşe karşı miras hakkı elde etmek konusunda tam bir delil devam etmektedir.

Bu iki tanık tanıklıktan dönmese de kadının tanıkları dönse, kadının değerini ve miras payını iki oğul arasında öderler. Çünkü tanıklıkları ile iki oğlun câriye üzerindeki mülkiyet haklarını telef etmişler ve evliliğe tanıklık ederek kadını mirasa hak sahibi yapmışlardır. Tanıklıktan dönmekle bütün bunlara haksız yere tanıklık yaptıklarını kabul etmiş oldular.

[17/27] Kadının tanıkları, birinci ve ikinci oğlun nesebine tanıklık edenler olup sonra tanıklıktan dönseler, yine böyle ödemekle yükümlü olurlar. Çünkü tanıklık konusu farklı farklıdır. Bu konuda tanıkların aynı ve ayrı ayrı olması arasında fark yoktur. Birlikte dönmeleri ile ayrı zamanlarda dönmeleri arasında da fark yoktur. Çünkü asıl tanıklık da birbirinden farklı zamanlarda olmuştu. Tanıklıktan dönme durumunda ödeme yükümlülüğü ise geçen tanıklık itibarıyladır.

İki tanık bütün bunlara birlikte tanıklık etse, ancak lehine tanıklık edilenler diğerleri hakkındaki tanıklığı doğrulamasa, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kadının bedelini ve değerini iki oğul arasında öderler. Çünkü iki oğlun malını telef etmişlerdir. Onların tanıklığı olmasa, câriye, hakimin hükmüyle iki oğla ait olacaktı. Sekiz paydan her oğlun değerinden yedi payı diğerine, bir payı da kadına öderler.

Tanıklıktan teker teker dönseler, hüküm yine açıkladığımız gibi olur. Allah daha iyi bilir.

TANIKLIKTAN DÖNME (III)

Bir kimsenin iki câriyesi olup onlardan her birinin, o kimsenin mülkiyetinde iken doğurduğu çocuğu olsa, iki tanık, çocuklardan birinin efendinin oğlu olduğuna tanıklık etse, fakat efendi bunu inkar etse, diğer iki tanık da diğer çocuğun efendinin oğlu olduğuna tanıklık etse, hakim her iki tanıklıkla da hükmedip câriyeleri ümmü veled yapsa; sonra efendi hayatta iken tanıklar tanıklıklarından dönseler, her iki tanık grubu lehine tanıklık yaptıkları çocuğun (köle olarak) değerini ve câriyenin câriye olarak değeri ile ümmü veled olarak değerinin farkını efendiye öderler. Çünkü tanıklıkları ile bu miktarı telef etmişlerdir. Efendi hayatta iken onların tanıklığı ile çocukların özgürlüğü sabit olmuş ve câriye ümmü veled olduğu için değeri düşmüştür.

Tanıklar bunu ödese ve baba bunu tüketse, sonra başka bir mirasçısı olmadan ölse, çocuklardan her biri diğerinin ölenin oğlu olduğunu inkar etse, her iki tanık grubu, diğer çocuğa (lehine tanıklık yapmadıkları çocuğa) lehine tanıklık yaptıkları çocuğun annesinin değerinin yarısını öderler.

Çünkü câriye, efendisi ölünce onların tanıklığı ile özgür olmuştur. Bu nedenle değerinden geriye kalanı öderler. Ancak bu, iki oğul arasında mirastır. Lehine tanıklık edilen oğul onları yaptıkları tanıklıkta doğrulamakta, tanıklıktan dönme konusunda ise yalanlamaktadır. Dolayısıyla ödenen maldan kendine ait olan kısım düşer. Tanık gruplarından her biri diğer çocuğun payını öder. Çünkü çocuklardan her biri diğer çocuğun tanıklarına karşı bunu iddia etmektedir. Çocuklardan her birinin tanıkları, lehine tanıklık ettikleri çocuğun miras payından, efendinin hayatta iken kendilerinden aldığı ödeme bedelini geri alır. Çünkü lehine tanıklık ettikleri çocuk, tanıkların bu miktarı babasından alacaklı olduklarını ve babasının bunu tanıklardan haksız yere aldığını ikrar etmektedir. Çünkü onlar tanıklıkta doğrudur. Mirasçılardan birisi, ölenin borçlu olduğunu ikrar ettiği zaman, borcun tamamı onun payından alınır. Kardeşinin ödettirdiği annesinin değerinin yarısını ise onun payından isteyemezler. Çünkü haksız yere tanıklık ettiklerini ikrar etmişlerdir. Dolayısıyla bu miktarın tamamını diğer kardeşe öderler.

İki tanık, bir kimsenin eşini boşadığına tanıklık etse, fakat koca boşadığını inkar etse, hakim de onların arasını ayırıp kadının yarım mehir almasına hükmetse, sonra koca ölse sonra da tanıklar tanıklıktan dönse, kocanın mirasçılarına kadının aldığı miktarı öderler. [17/28]

Çünkü koca hayatta iken dönecek olsalar bunu kocaya ödeyeceklerdi. Kocanın ölümünden sonra mirasçılar onun yerine geçmişlerdir. Bundan dolayı o

öldükten sonra tanıklar, mirasçılara da öderler. Kadın kocasının kendini boşadığını iddia etmiş olsun olmasın, mirasçılar kocanın kadının boşadığını kabul etsin etmesin, kadının mirastan payı yoktur. Çünkü koca hayatta iken kadın kocadan ayrılmıştır. Kadın ancak evlilik vefatla sona erdiği zaman mirasçı olabilir. Koca hayatta iken ve sağlıklı iken kadın hakimin kararıyla boşanmış olunca artık mirasçı olamaz. Dolayısıyla mirasçıların sözü ona yarar vermez. Tanıklar onun mirastan her hangi bir hakkını telef etmiş değillerdir. Çünkü ayrılığa koca hayatta iken tanıklık etmişlerdir. Kadın, kocası hayatta iken mirasa hak sahibi değildi. Çünkü kocasından önce ölmesi mümkündü.

Tanıklar, koca öldükten sonra buna tanıklık etse, mirasçılar bunu iddia etse ve hakim de kadının, kocasının malından yarım mehir almasına hükmetse, sonra tanıklar tanıklıktan dönseler, kadına mehrinin diğer yarısını ve miras payını öderler. Çünkü kocasının ölmesiyle mehirin tamamı üzerindeki hakkı kesinleşmiş ve mirasa hak kazanmıştır. Mehirin yarısındaki ve mirastaki hakkı tanıkların koca hayatta iken ayrılığın gerçekleştiğine tanıklık etmesiyle geçersiz olmuştur. Dolayısıyla tanıklıktan dönmeleri durumunda bunu öderler. Diğer mirasçılara ise hiçbir şey ödemezler. Çünkü diğer mirasçıların, ayrılığın ortaya çıkmasından önce kocanın ölmesiyle kesinleşmiş bir hakkını telef etmiş değillerdir. Kadının mehirinin yarısını ve miras payını düşürerek mirasçılara yarar sağlamışlardır. Bu nedenle mirasçılara bir şey ödemezler. Allah doğruyu daha iyi bilir.

DÂVA KİTABI
(كتاب الدعوى)

İnsanlar arasındaki anlaşmazlıkları çözümleme yolu

Zühd sahibi, büyük imam, imamların güneşi ve İslam'ın övüncü Ebû Bekir Muhammed b Ebû Sehl es-Serahsî (rh.a.) yazdırarak şöyle dedi:

Bilinmelidir ki Allahu Teâlâ insanları farklı farklı yaratmıştır. Herkesin bilgisi farklıdır. Arzu ve gayretleri farklı olduğu için aralarında anlaşmazlıklar olur. Anlaşmazlığı çözüme kavuşturmanın yolu onu sona erdirmektir.

Çünkü anlaşmazlığı uzatmak bozgunculuğa neden olur. Allahu Teâlâ ise bozgunculuğu sevmez. Hakimlerin anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmalarının yolunu, Resûlüllah (s.a.s.),

البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ

"Delil getirme yükümlülüğü davacıya, yemin etme yükümlülüğü ise dâvalıya

aittir"[8] buyruğu ile açıklanmıştır.

Bu hadis her ne kadar haber-i vâhidlerden ise de âlimler (rh.a.) bunu kabul etmişler ve bununla uygulama yapmışlardır. Böylece hadis, mütevatir mertebesine çıkmıştır. Yine bu hadis, cevamiu'l-kelimden (kapsamlı sözlerden) sayılmıştır. Peygamber (s.a.v.),

أوتيت جوامع الكلم واختصر لي الحديث اختصارا

"Bana cevamiu'l-kelim verildi ve kelimeler kısaltıldı"[9] buyurmuştur.

Peygamber (s.a.v.) iki kelime söylemiş ve âlimler (rh.a.) ondan defterler dolusu şeyler çıkarmışlardır. Katâde (rh.a.) Allahu Teâlâ'nın,

وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب

"Ona hikmet ve güzel konuşma (fasl-ı hitâb) verdik" (Sâd, 38/20) buyruğu hakkında, "Hikmet peygamberliktir. Fasl-ı hitap ise "Delil getirme yükümlülüğü dâvacıya, yemin etme yükümlülüğü ise dâvalıya aittir" buyruğudur, demiştir. Bu, Resûlüllah'ın söylediği bu kuralın, kendinden önceki peygamberlerin şeriatlarında da olduğunu göstermektedir.

Delil dâvacıya, yemin inkarcıya aittir.

Bu hadis, dâvalı ile dâvacının ayrı kimseler olacağını da açıklamaktadır. Çünkü Peygamber (s.a.v.) dâvalı ile dâvacıyı birbirinden ayırmıştır. Bu, dâvacıyla dâvalının ayrılığını açıkça ifade etmektedir. Nitekim Peygamber (s.a.v.)'in, **[17/29]**

الولد للفراش وللعاهر الحجر

"Çocuk yatak sahibine aittir (meşru ilişki sonucu doğan çocuğun nesebi vardır) zina eden ise mahrumdur"[10] buyruğu, zina eden kimsenin meşru ilişki sahibinden farklı olduğunu açıkça ifade etmektedir.

Müddai (dâvacı) lügatte başkasına karşı hak ispat etmeyi kasteden kimsedir. Dâva, tümleç olan (geçişli) bir fiildir. Buna göre "müddai", "dârib (vuran)" ve "katil (öldüren)" gibi, dâva eden kimsenin adıdır. Ancak müddai ismi, dil örfünde delili olanı ve olmayanı kapsayan bir kelimedir. Hakim dâvacıya delil getirmeden önce iddia eden (müddai) adını verir. Delil getirdikten sonra ise müddai iddia eden dâvacı adını değil, muhikk (hak sahibi) adını verir. Müseylemetü'l-Kezzab'a "müddai'n-nübüvve (peygamberlik iddiasında bulunan)" denilir. Resûlüllah (s.a.v.) hakkında ise "Peygamberlik iddia ediyor" denilmez. Çünkü O (s.a.v.)

Dâvacının tanımı

---

[8] Buhârî, Rehin 6; Müslim, Akdiye, 1; Ebû Dâvûd, Akdiye 23; Tirmizi; Ahkâm 12. Hadisin metinlerinde أنكر على من (inkarcıya) ifadesiyle nakli de vardır. Bk. Dârekutnî, *Sünen*, III/110; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/228; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/126; benzer rivayetler için bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/342; Tirmizî, Ahkâm 12; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/477.

[9] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, VI/318; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/250; Müslim, Mesâcid 7.

[10] *Muvatta*, Akdiye 21; Buhârî, Buyû' 3; Müslim, Radâ 36; Ebû Dâvûd, Talak 33; Tirmizî, Radâ 8.

peygamberliğini mucize ile ispat etmiştir. Demek ki örfte, delili olmayan kimseye müddai (iddiacı) denmektedir.

Bu hadis, bir kısmı akıl yoluyla, bir kısmı din (vahiy) yoluyla bilinen bir takım hükümler içermektedir. Peygamber (s.a.v.)'in "Delil getirmek dâvacıya aittir" buyruğu, dâvacının sırf dâva açarak hak elde edemeyeceğini gösterir. Bu, aklen bilinir. Çünkü dâvacının sözü doğru ve yalan olma olasılığı taşır. Olasılıklı olan şey ise delil olamaz. Bu, dâvacının ancak delil getirerek hak elde edebileceğini gösterir. Bu da dinî bir hükümdür. Tanıkların verdiği haberde doğruluk olasılığı vardır. Bu olasılık, tanıkların görünürdeki adaleti ile de ortadan kalkmaz. Çünkü âdil kimse de yalan söylemekten veya yalan söylemeyi kastetmekten korunmuş değildir. Dolayısıyla onların tanıklığı ile delilin oluşması veya dâvacının hak elde etmesi dînî bir hükümdür. Peygamber (s.a.v.)'in,

و اليمين على المدعى عليه

"Yemin davalıya aittir"[11] buyruğu da böyledir.

Hadisin bu kısmı dâvalının sözünün kabul edileceğini gösterir. Bu, aklen bilinebilecek bir hükümdür. Çünkü, dâvalı asla, temel kurala tutunmuştur. Bu asıl, dâvalının zimmetinin borçsuz olması ve elinde olan malda başkasının hakkının bulunmamasıdır. Hadisin bu kısmı yeminin dâvalıya yöneltileceğini göstermektedir. Bu ise dînî bir hükümdür. Bunun hikmeti –Allah daha iyi bilir- şudur: Dâvacı "Bu kimse benim hakkımı inkar ederek telef etmiştir" diye iddia etmektedir. Şeriat (din) dâvacıya dâvalıdan yemin isteme hakkını tanımıştır. Böylece şayet durum, dâvacının iddia ettiği gibiyse, yalan yere yemin etmek dâvalının helak olmasına neden olur. Dolayısıyla dâvalı, mal telef etmesinin karşılığı olarak kendisini telef etmiş olur. Bu dînî bir hükümdür. Durum dâvacının iddia ettiği gibi değilse dâvalı, Allahu Teâlâ'nın adını gerçekten yüceltme kastıyla söylediği için sevap alır. Yemin etmekten herhangi bir zarara uğramaz.

Yine bu hadis, her türlü delili tutmanın dâvacı tarafında olduğunu göstermektedir. Çünkü "el-beyyine" kelimesinin başına (cins ifade eden) elif-lam (el-) gelmiştir. Bu durumda, dâvalı tarafında hiçbir delil kalmaz. Çünkü taksimin mutlak olarak yapılması (taraflardan birine bir şey, diğerine başka bir şey verilmesi) taraflardan birinin, diğerinin payına ortak olamamasını gerektirir. Dolayısıyla bu hadis, zilyedin (malı elinde bulunduranın), mülkiyetini ispatlamak için getirdiği delilin dâvacının getirdiği delil karşısında kabul edilmeyeceği konusunda biz Hanefîlerin delilimizdir.

Dâvacıya yemin ettirilme durumu

Yine bu hadis, her türlü yeminin dâvalı (müddea aleyh) tarafında olduğunu ve dâvacı tarafında yemin olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla hadis, dâvalının

[11] Buhârî, Rehin 6; Müslim, Akdiye 1; Ebû Dâvûd, Akdiye 23; Tirmizî, Ahkâm 12.

yeminden kaçınması (nükûl) durumunda yeminin dâvacıya teklif edilemeyeceği konusunda bizim delilimizdir. Muhammed (rh.a.) de *el-Asl* kitabında İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'nin hadisle uygulama yaparak, yemini dâvacıya teklif etmediğini söyledi.

[17/30]

Yine bu hadis, bir tanık ve dâvacının yemini ile hüküm vermenin câiz olmadığı konusunda biz Hanefîlerin delilimizdir. Çünkü dâvacı tarafında yemin yoktur. Ayrıca anlaşmazlığın çözüme kavuşturulmasını dâvacı tarafındaki delille ve dâvalı tarafındaki yeminle sınırlandırmıştır. Bir tanık ile birlikte dâvacının yemin etmesi delil olmadığı gibi, dâvalının yemin etmesi demek de değildir. Dolayısıyla bu, üçüncü bir yol ortaya koymak anlamına gelir. Bu ise geçen hadise aykırıdır. Peygamber (s.a.v.)'in sözü özel bir hükme ait sayılmamış olan âmm (genel anlamlı) bir sözdür. Dolayısıyla dâvacı bütün anlaşmazlıklarda, sırf dâva açarak değil, delil getirerek hak sahibi olur.

Bir tanık ve dâvacının yemini ile hüküm verme

Peygamber (s.a.v.)'in "Yemin dâvalıya aittir" sözü (genel) âmm bir sözdür. Ama o tahsise uğramıştır. Bu hadisi tahsis eden (belli konulara indirgeyen) hüküm, had cezaları gibi konularda yemin etme isteminin geçerli olmadığıdır.

Bir kimse başka birinin elindeki bir evin bütününün veya bir kısmının kendine ait olduğunu iddia etse, delil getirme yükümlülüğü dâvacıya, yemin etme yükümlülüğü evi elinde bulundurana aittir.

Burada bazı şeylerin bilinmesine ihtiyaç vardır.

Birincisi; dâva iki türlüdür. Geçerli (sahih) dâva, geçersiz (fâsid) dâva. Geçerli dâva, dâva hükümlerinin kendisine bağlandığı dâvadır. Dâva hükümleri ise dâvalının mahkemede bulunması ve inkar etmesi durumunda dâvacının cevap ve yemin istemesidir. Böyle bir dâvanın delil getirerek ispatlanması mümkündür. Geçersiz dâva ise, açıkladığımız hükümlerin söz konusu olmadığı dâvadır.

Dâva çeşitleri

Dâvanın geçersizliği iki nedenden biriyle olur; ya dâva dâvalıyı herhangi bir borç altına sokmayıp yalnızca sabit olur. Bu, bir kimsenin "Falanca kimse benim vekilimdir" diye iddia etmesi gibidir. Ya da dâvada belirsizlik olur. Bilinmeyen bir şeyin ise delille ispatlanması mümkün değildir. Çünkü hakim, dâvacının getirdiği delil ile veya dâvalının yeminden kaçınması ile bilinmeyen bir şey hakkında hüküm veremez.

Geçerli olan dâva (ispatlanmadan), dâvacının dâva konusu şey üzerinde doğrudan hak elde etmesini gerektirmez. Çünkü Peygamber (s.a.v.);

لو أُعطى النّاس بدعواهم لادّعى قوم دماءَ قوم و أموالهم و لكنّ البيّنة على المدّعي
واليمين على المدّعى عليه

"Şayet insanlara sırf iddia ettikleri şeyler verilecek olsaydı, bir topluluk diğer bir topluluğun malını ve canını iddia ederdi fakat delil getirme yükümlülüğü

Sadece iddianın hak sahibi olmayı gerektirmemesi

davacıya, yemin etme yükümlülüğü ise davalıya aittir" diğer bir rivayette *"inkar edene aittir"*[12] buyurmuştur.

Diğer yandan hakim her iki taraf hakkında da hüsnü zan etmek zorundadır. Sırf dâva ile dâva konusu malda dâvacının hak sahibi olduğunu kabul edecek olursak, diğer taraf hakkında kötü düşünmüş oluruz. Bu ise câiz değildir. Dâvacı, hak sahibi olduğunu ispatlamak için delil getirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla hakim, dâvacıdan mecbur bırakma yoluyla değil, hatırlatma yoluyla delil getirmesini ister. Çünkü dâvacı, delil getirmesi gerektiğini bilmiyor olabilir. Böylece diğer tarafın da yararı düşünülmüş olur. Çünkü hakim, önce dâvalıya yemin ettirse, sonra dâvacı delil getirse, dâvalı yalan yere ettiği yemin ile rezil olur. Bundan dolayı hakim, önce dâvalıdan delil getirmesini ister. Dâvacının delili yoksa, zilyet (malı elinde tutan) yemin eder. Çünkü o, inkar etmektedir. Yemin ise inkar edenin yükümlülüğündedir.

Yeminin dâvacının isteği ile gerekmesi

Bu yemin dâvacının hakkıdır. Onun isteği olmadan dâvalıya yemin ettirilmez. Resûlüllah (s.a.v.) Hadram ve Kinde kabilelerinden olan iki kişinin arasında hükmederken onlardan dâvacı olana, أَلَكَ بَيِّنَةٌ *"Delilin var mı"* diye sormuş, o da *"Hayır"* demiştir. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.), لَكَ يَمِينُهُ *"Yemin ettirme hakkın var"* buyurmuştur. Dâvacı *"bu, adam yemin eder ve yemine hiç önem vermez"* demiştir. Peygamber (s.a.v.) de,

لَيْسَ لَكَ إِلَّا هذا شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ

"Başka bir seçeneğin yok. Ya iki tanık getirirsin, ya da bu kimse yemin eder"[13] demiştir.

Bu, yeminin dâvacının hakkı olduğunu açıkça ifade etmektedir. *"Dâvacı sırf iddia ile nasıl yemin isteyebilir?"* diye itiraz edilecek olursa, biz şöyle cevap veririz: Dâvacı, dâvalıyı hüküm meclisine getirme ve cevap isteme hakkına sahip olduğu gibi bu hakka da sahiptir. Bu, âyet ile sabittir. Allahu Teâlâ,

﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴾

"Onlar aralarında hüküm vermesi için Allah'a ve Peygamber'e çağrıldıklarında bakarsın ki içlerinden bir kısmı yüz çevirip döner" (en-Nûr 24/48) buyurarak çağrıldıktan sonra hüküm meclisine gelmekten kaçınan kimseleri tehdit etmiştir.

[17/31]

Bu âyet, dâvalının hüküm meclisine gelme yükümlülüğü olduğunu göstermektedir. Onun işini gücünü bırakıp mahkemeye gelmesinde uğrayacağı zarar, dâvalıya cevap vermesi ve yemin etmesinde uğrayacağı zarardan fazladır.

---

[12] Bkz. Buhârî, Rehin 6; Müslim, Akdiye 1; Ebû Dâvûd, Akdiye 23; Tirmizî, Ahkâm 12.

[13] Bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/211; Buhârî, Rehin 6; Müslim, Eymân 221.

Onun mahkemeye çağrıldığında gelmesi doğrudan delil ile sabit olduğuna göre, yemin teklif edildiğinde etmesi öncelikle sabit olur.

Bununla birlikte dâvacının dâvası ve dâvalının yemini birbiriyle çelişen iki haberdir. Hakim onları oldukları gibi bırakamaz. Çünkü bu durumda aralarındaki anlaşmazlık uzayıp gider. Dolayısıyla birinin haberindeki doğruluk payının yüksek olup olmadığına bakar. Bu da dâvacının getirdiği delilde, ya da dâvalının yeminindedir.

Bu, yeminin dâvalının hakkı olduğunu göstermektedir. Çünkü hangi tarafın doğruluk payı yüksekse hak onun olur. Ancak dâvacının isteği olmadan dâvalıdan yemin istenmez. Bu, yeminin dâvacının hakkı olduğunu göstermektedir. Dâvacının yemin ettirme hakkına sahip olmasının nedeni şudur: Dâvalı yeminden kaçındığı (nükûl ettiği) zaman dâvacıya hakkını ulaştırır. Doğruluk payının dâvacı tarafında daha yüksek olduğunu ortaya çıkarır. Bu nedenle hakim, dâvacının sadece istemesiyle dâvalıya yemin teklif eder. Belirttiğimiz bu hususlarda mülkiyet türleri ve özgür, köle, zimmî, müste'men (İslam ülkesine vize ile giren) ve dinden çıkan (mürted) gibi dâvacılar birdir. Hakim herkes hakkında adalet ve doğrulukla hüküm vermekle görevlidir.

Bir kimse diğerinin elindeki evde, ondan satın alarak bağış, sadaka, kiralama veya rehin yoluyla hak sahibi olduğunu iddia etse, hüküm yine böyledir.

Çünkü o, çıplak veya yarar mülkiyetini iddia etmektedir. Zilyedin (malı elinde tutanın) zilyetliği de bu nedenlerden biri ile olmuştur. Bu nedenle o kimse dâvacı olur. İddia ettiği şeyin nedenini ispat etmediği sürece ona malik olamaz. Dolayısıyla mülkiyet nedeni, delil ile ispatlamakta doğrudan kastedilir. Çünkü istenen şeye ancak kendisi ile ulaşılan şey doğrudan kastedilir.

Dâvacı ve dâvalının biri birinden ayrılması

Dâvacı ile dâvalıyı birbirinden ayırmakta kural, inkar eden tarafa bakmaktır. İnkar eden taraf dâvalıdır, diğer taraf dâvacıdır. Dâva konusunda en çok bilinmesi gereken husus budur.

Muhammed (rh.a.)'in *el-Asl*'da söylediği, doğru bir sözdür. Peygamber (s.a.v.),

واليمين على من أنكر

"Yemin yükümlülüğü inkar eden tarafa aittir"[14] buyurarak dâvalıyı inkar eden kimse olarak belirlemiştir. Fakat tanım bununla tam olarak gerçekleşmez. Bir kimse görünürde dâvacı olup yemin onun tarafında bulunabilir. Örneğin, vedîayı (emanet malı) sahibine geri verdiğini veya vedîanın telef olduğunu iddia eden mudâ (emanetçi) böyledir. Zilyet, "Bu mal benimdir" dediği zaman dâvalı olmaktan çıkmadığı halde görünüş bakımından dâvacıdır.

---

[14] Dârekutnî, *Sünen*, III/110; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/228; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IV/126; benzer rivayetler için bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/342; Tirmizî, Ahkâm 12; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/477.

Hanefi fakihlerimizden bir kısmının (rh.a.) ifade ettiği üzere dâvalı ile dâvacı arasındaki asıl ayrım şudur: Dâvacı, sözü ile başkasını yükümlü kılan ve dâvayı (husûmeti) bırakınca kendi durumuna bırakılan (dâvaya devam etmeye zorlanmayan) kimsedir. Dâvalı ise başkasının sözü ile yükümlü kılınan ve husûmeti bırakınca kendi durumuna bırakılmayan kimsedir.

Şöyle de denilmiştir: Dâvacı, sözü ispat içeren ve bir şeyin olmadığını söylerse taraf (hasım) olmayan kimsedir. Çünkü zilyet olmayan kimse, zilyede "Bu şey benimdir" demediği sürece "Bu şey senin değildir" demekle dâvacı ve dâvada taraf olmaz. Dâvalı ise, sözü olumsuzluğu (dâvacının iddiasını reddi) içeren ve bu kadarla yetinen kimsedir. Çünkü zilyet, "Bu senin değildir" dediği zaman, bu kadar sözle dâvada taraf olur. "Bu benimdir" demesi ise sözü açıklamak için olup söylenmesine ihtiyaç yoktur.

Şöyle diyen fakihler de olmuştur: Dâvacı, zilyet olmayan kimse (hariç) gibi, delil getirmeden hak sahibi olmayan kimsedir. Dâvalı ise -zilyet gibi,- delil getirmeksizin sırf sözüyle hak sahibi olan kimsedir. Çünkü zilyet, "Bu benimdir" dediği zaman başka bir kimse o şeyin kendine ait olduğunu ispatlamadığı sürece zilyet o şey üzerinde hak sahibidir. [17/32]

Vedîayı (emanet malı) geri verdiğini veya vedîanın telef olduğunu iddia eden emanetçiye gelince, onun bu konudaki sözü kabul edilir. Çünkü dâvacı ona bu yetkiyi bizzat kendisi vermiştir. Bu nedenle sırf emanetçinin sözüyle sabit olur. Dolayısıyla emanetçi dâvalıdır. Ya da emanetçi, ödeme yükümlüsü olduğunu inkar etmektedir. Bundan dolayı dâvalı olmuştur. Birinci durumda töhmeti ortadan kaldırmak için yemin eder. İkinci durumda ödemeyi inkar ettiği için yemin eder. Görmez misin vedîanın geri verilmesi, yemin etmesiyle sabit olmaz. Bu nedenle vedîayı vasîye[15] verdiğini iddia etse vasî ödeme yükümlüsü olmaz.

Zilyet, "Ben bunu falanca kimseye sattım" veya "kiraladım" diye iddia etse dâvacı olur. Delil getirmesi gerekir. Çünkü ayn (belirli mal) veya yarar mülkiyetinin aktarılma nedenini ve bunun için bedel alma hakkının olduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle dâvacı olur. Doğruluğunu ispat etmeye ihtiyaç duyar. Diğer taraf ise inkar ettiği için yemin etmekle yükümlü olur.

Bir kimse başka birisinden herhangi bir yolla alacağı olduğunu iddia etse, diğeri de bunu inkar etse delil getirme yükümlülüğü dâvacıya ait olur. Çünkü sonradan olan (arızî) bir şeyi yani başkasının zimmetinin kendi hakkıyla uğraştığını iddia etmektedir. Dâvalı da beraet-i zimmet (borçsuzluk) kuralına tutunarak bunu inkar etmektedir. Borcunu ikrar eder ve "Ben borcumu ona ödedim" derse, dâvacı

---

[15] **Vasî / وصي**: Sahip oldukları mallar üzerinde tasarruf hakkı bulunmayıp velileri de olmayan kimselerin menfaatlerini korumak ve onlar adına tasarrufta bulunmak üzere mahkeme tarafından tayin edilen kanunî temsilci.

konumuna geçer. Çünkü borcu ödeme, borçlanmaktan sonra olur. Şimdi arızî (sonradan olan) bir şey iddia eden odur. Alacaklının kendini akladığını (ibra ettiğini) veya borcunu ertelediğini iddia ederse, yine dâvacı olur. Çünkü ibra, borçlunun zimmetini, borçla dolu iken her iki tarafın rızasıyla boşaltmaktır. Erteleme ise borcun istenilme nedeni kesinleşmiş iken her iki tarafın rızasıyla ileri bir tarihe erteler. Arızî bir şey iddia eden taraf odur. Delil getirme yükümlülüğü ve diğer taraftan yemin isteme hakkı ona aittir.

İki kimsenin elinde bir ev olsa, her biri evin kendine ait olduğunu iddia etse, bunlar arkadaşının elindekinin kendine ait olduğunu iddia eden birer dâvacı olur.

Çünkü her birinin elinde evin yarısı vardır. Dolayısıyla tek ev, her ikisinin veya birinin elinde olan iki ev hükmündedir. Her ikisi de evin kendine ait olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla her ikisi de arkadaşının elindekini iddia eden dâvacı olur. Delil getirmesi gerekir. Dâvayı inkar eden de diğeridir. Her ikisi de delil getirirse hakim her birinin, diğerinin elinde olan kısma sahip olduğuna hükmeder. Dolayısıyla biz mutlak mülkiyet dâvasında zilyet olmayan kimsenin getirdiği delili, zilyedin getirdiği delile tercih ettik. İkisinin de delili olmasa her biri diğerinin dâvasından dolayı yemin eder. Yemin eden, borçtan kurtulur. Yeminden kaçınan, diğerinin dâvasıyla bağlanır. Çünkü yeminden kaçınması diğerinin dâvasını ikrar etmek yerine geçer.

Delili (beyyine) iki madde de ele aldım.

Dâvada delilin durumu

Birincisi zilyet olmayanın (malı elinde tutmayanın) delili ile, zilyedin delili mutlak mülkiyette karşı karşıya gelince, zilyet olmayanın delili biz Hanefîlere göre kabul edilmeye daha layıktır.

Şâfiî (rh.a.)'nin görüşlerinden birine göre iki delil de düşer. Dâva konusu mal, zilyedin elinde kalır. Diğer görüşüne göre ise zilyedin delili tercih edilir. Malın zilyede ait olduğuna hükmedilir. Bu durumda zilyet, delille mala malik olmuş olur. Şâfiî (rh.a.)'nin birinci görüşüne göre izlediği yol şudur: Zilyet olmayan kimsenin delili, tanıkları eleştirmek suretiyle reddedilmesi mümkün olan bir delildir. Dolayısıyla dînî delillerin gibi, başka bir delille denk olması durumunda reddedilmesi câizdir. Denklik kesinleşince hakim, taraflardan birinin yalan söylediğini kesin olarak bilmiş olur. Çünkü bir mal bir anda bütünüyle iki kişiye ait olamaz. **[17/33]** Dolayısıyla deliller geçersiz olur. Zilyedin zilyetliğine bakılarak geriye yemin etmesi kalır.

Diğer görüşüne göre ise zilyedin iki türlü delili (hüccet) vardır: Zilyetlik ve tanık (beyyine). Zilyet olmayanın ise bir tek delili vardır. İki delili olan kimse bir delili olan kimseye tercih edilir. Nitekim evlilik dâvasında ve benzeri konularda böyledir. Her ikisi de bir malı belli bir kişiden aldıklarını iddia edip birisi zilyet olsa ve her ikisi de getirse yine böyledir. Çünkü bu durumda, diğer kimse getirdiği için zilyet de delil

getirmeye mecbur kalmıştır. Bu nedenle zilyedin getirdiği delilin kabul edilmesi gerekir.

Biz Hanefîlerin bu meselede iki çözüm yolumuz vardır.

Birincisi; zilyedin delili, görünüşün tanıklık ettiği bir şey üzerine olmuştur. Dolayısıyla borçlunun borçlu olmadığına getirdiği delil gibi, bu da kabul edilmez. Görmez misin zilyet olmayan kimse henüz delilini getirmeden önce, zilyet delil getirse o kabul edilmez. Zilyedin deliline, kendisinden yemin yükümlülüğünü düşürmek için ihtiyaç vardır. Onun delili bu ihtiyaçtan dolayı kabul edilir. Bu, emanetçinin emaneti geri verdiğine veya emanet malın telef olduğuna delil getirmesi gibidir. Zilyet delil getirdikten sonra da böyledir. Çünkü zilyedin tanıkları zilyet lehine, var olan zilyetliğine bakarak tanıklık ederler. Mülkiyetinin bilinmesi için zilyetlikten başka bir yol yoktur. Zilyet olmayan kimsenin delili ise, hakim bizzat görse bile zilyedin zilyetliği ile ortadan kalkmaz. Dolayısıyla zilyetliğe dayanan delil ile de ortadan kalkmaz. Hayvan yavrusu (nitâc) ise böyle değildir. Çünkü tanıkların, zilyetliğe bakarak hayvan yavrusunun zilyede ait olduğuna tanıklık etmeleri câiz değildir. Onlar hakimin bilmediği başka bir nedene dayanmışlardır. Dolayısıyla onun aleyhine olan delilin kabul edilmesi gerekir.

Özgür veya köle olduğu bilinmeyen bir kimsenin, özgür olduğuna getirdiği delil de böyle değildir. Çünkü tanıkların, yaşadığı ülkeye bakarak bir kimsenin özgür olduğuna tanıklık etmesi câiz değildir. Dolayısıyla tanıklar, hakim tarafından bilinmeyen başka bir şeye dayanmışlardır. Zilyedin satın aldığına tanıklık eden tanıklar da hakim tarafından bilinmeyen bir nedene dayanmışlardır. Dolayısıyla bu durumda da zilyedin getirdiği delili kabul etmek gerekir. Getirdiği delil kabul edildikten sonra zilyet, zilyetliğine bakılarak dâvacıya tercih edilir.

Meselenin çözümlemesinde ikinci yol şöyledir:

Delillerden biri, ispat fazlalığı ile diğerine ağır basar. Zilyet olmayan kimsenin delilindeki ispat, zilyedinkinden daha çoktur. Çünkü o, malik olan kimseye karşı mülkiyet hakkı ispat etmektedir. Zilyedin delili ise malik olan bir kimseye karşı mülkiyet hakkı ispat etmek değildir. Çünkü zilyet olmayan kimsenin sırf delil getirmesiyle hakim hükmünü vermeden önce mülkiyet hakkı sabit olmaz. Dolayısıyla hakim, zilyedin delili ile hükmetmekle dâvacının aleyhine hükmetmiş olmaz. Zilyet olmayanın delili ile hükmettiği zaman ise zilyedin aleyhine hükmetmiş olur. İspat fazlalığından dolayı biz, zilyet olmayan tarafın delilini tercih ettik.

Hayvanın karnındaki yavruya, zilyet olmayanın iddiası konusundaki dâva ise böyle değildir. Çünkü o durumda delillerden her biri malikin diğer kimseden öncelikli olduğunu ispat etmektedir. Bu, başkasına karşı hak ispatı değildir. Bundan dolayı zilyet, hayvan yavrusu konusunda delil getirdiği zaman aleyhine hüküm verilmez. Hakim hayvan yavrusunun zilyet olmayan dâvacıya ait olduğuna

hükmettikten sonra, zilyet delil getirse onun delilinin kabul edilmesi gerekir. İspat bakımından iki delil birbirine eşit olunca zilyedin delilini tercih ettik.

İki kişi mülkiyet hakkını bir kimseden satın aldıklarını iddia ettikleri zaman da böyledir. Bu durumda deliller ispat bakımından birbirine eşit olmuştur. Çünkü her ikisi de satıcıya karşı mülkiyet hakkı kazanmaktadır. Bu nedenle zilyedin delilini tercih ettik. Çünkü o, satım konusu malı teslim almış olmakla satın alma işini kuvvetlendirmiştir.

Dînî deliller böyle değildir. Çünkü dînî deliller hem bir hakkı ispatta, hem de nefiyde (karşının iddiasını reddetmekte) kanıttır. Dolayısıyla tearuz (denklik) gerçekleşir. Burada ise her iki delil de karşının iddiasını reddetmek için değil, ispat içindir. Zilyedin de hayvanın karnındaki yavru üzerinde hak kazanmaya ihtiyacı vardır. Dolayısıyla delillerde denklik gerçekleşmemiştir. [17/34]

İkinci madde şudur: Dâvalının yeminden kaçınması bize göre aleyhine hükmedilmesini gerektirir. Fakat hakimin ona üç defa yemin teklif etmesi ve her defasında yeminden kaçınma (nükûl) ile hüküm verme görüşünde olduğunu haber vermesi uygun olur. Böylece dâvalının mazereti kalmaz. Yemin etmemesi durumunda hakim, aleyhine hükmeder.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise hakim dâvacıya yemin teklif eder. Dâvacı yemin ederse malı alır. Yeminden kaçınırsa aralarındaki anlaşmazlık sona erer. Şâfiî (rh.a.)'nin yeminden kaçınma (nükûl) ile hüküm vermeyi câiz görmemesinde delili şudur: Nükûl, dâvalının susmasıdır. Dâvalının dâvanın başlangıcında cevap vermeyip susması gibi, yemin teklif edildiğinde susması da hüküm vermek için delil olamaz. Çünkü yalan yere yemin etmekten kaçındığı için susması olasılığı olduğu gibi, haklı olduğu halde yeminden sakındığı için de susmuş olabilir. Nitekim Osman (r.a.), böyle yapmış ve "Kaderin yeminime uygun düşüp de "yemini nedeniyle belaya uğradı" denilmesinden korktum" demiştir. Olasılıklı (İhtimalli) olan şey ise delil olamaz.

Şâfiî (rh.a.)'nin, yeminin dâvalıya teklif edilmesi konusunda delili şudur: Rivayet edildiğine göre Osman, Ömer (r.a.)'in huzurunda Mikdad b. Esved el-Kindî (r.a.)'de alacağı olduğunu iddia etti. Dâvanın sonunda Mikdad (r.a.), "Osman (r.a.) yemin etsin ve hakkını alsın" dedi. Bunun üzerine Ömer "Mikdad âdil davrandı" dedi.

Ali (r.a.)'nin dâvalı yeminden kaçındıktan sonra dâvacıya yemin teklif ettiği rivayet edilmiştir. Bunun anlamı gerekçesi şudur: Yemin başlangıçta dâvalı tarafında idi. Çünkü görünüş onu destekliyordu. Yeminden kaçınmasıyla görünüş dâvacının lehine dönmüştür. Bu nedenle yemin onun tarafına geçer. Aynı nedenle liâna kocanın yeminleriyle başladık. Çünkü görünüş onun lehine tanıklık

[16] **Mülâane /الملاعنة (Liân /اللعان):** Sözlükte lanetleşmek anlamındadır. Şer'î ıstılahta; kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şahit getirememesi sonucunda karı ile kocanın, hakim huzurunda şer'î usulüne uygun olarak dörder defa şahadette bulunduktan sonra kendilerine lanet ve gazap

etmektedir. Çünkü koca yalan yere yemin ederek yatağını kirletmez. Kasâmede[17] de öldürülenin velisinin yeminiyle başladık. Çünkü görünüş onun lehine tanıklık etmektedir. Çünkü mesele, öldürülen ile mahalle sakinleri arasında düşmanlık açık olup mahalle halkı mahalleye girdikten kısa bir süre sonra o kimsenin ölü bulunması durumunda söz konusudur.

Bizim bu meselede delilimiz, Ömer (r.a.)'in şu uygulamasıdır. Ömer, حبلك على عاتقك "İpin boynundadır" sözü hakkında, boşamayı kastettiğine yemin etmekten kaçınınca boşamaya hükmetmiştir[18].

Ebû Musa el-Eş'arî (r.a.) de, bir kadın kendini boşayan kocasının dönmesinin, kendisine namaz kılmak helal olduktan sonra (temizlik döneminde) gerçekleştiğine yemin etmekten kaçınınca, kocasının boşadıktan sonra geri dönmesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir.

İbn Müleyke (r.a.) şöyle demiştir; "Ben Basra valisi idim. İki kadın bir bilezik hakkında hükmetmem için bana geldi. Ben dâvacı olan kadından delil getirmesini istedim. Delil bulamadı. Diğer kadına yemin teklif ettim. Yemin etmekten kaçındı. Ben de Ebû Musâ (r.a.)'ya mektup yazdım. Mektubun cevabında şöyle dedi. Onları huzuruna çağır ve

﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ ﴾

"Allah'a verdikleri sözü ve yeminlerini az bir bedelle değiştirenlere gelince işte bunların ahirette bir payı yoktur" (Âl-i İmrân 3/77) âyetini oku ve dâvalı kadına yeniden yemin teklif et. Yemin etmekten kaçınırsa aleyhine hükmet"

Kadı Şurayh (rh.a.) de Ali (r.a.)'nin huzurunda yeminden kaçınma ile hüküm vermiştir. Ali (r.a.) de ona "Kâlûn" demiştir. Bu (Arapçada) "doğru yaptın" anlamına gelir.

Ali (r.a.)'nin dâvacıya yemin ettirdiği rivayeti ise, kendi görüşüne göredir. Çünkü Ali (r.a.), hüküm verme delili tanıklıkla tamam olduğu halde, dâvacıya yemin ettirirdi. Biz onun görüşünü benimsemiyoruz.

---

okumalarıdır. Koca "zına isnadında doğru olduğuna, eğer yalancılardan ise AllahTeâlâ'nın lanetinin üzerine olmasını"; kadın da "kocasının kendisine zina isnadında yalancı olduğuna eğer doğru ise Allah Teâlâ'nın gazabının üzerine olmasını" yeminle ifade eder. (en-Nûr 24/6-9) Yapılan bu yeminler, koca hakkında hadd-i kazif, kadın hakkında da hadd-i zina yerine geçer ve hakim tarafından araları ayrılır.

[17] **Kasâme / القسامه:** Kimin tarafından öldürüldüğü bilinmeyen bir cesedin bulunduğu yerin ait olduğu kabile veya köy halkından belirli sayıda insana "onu kendilerinin öldürmediğine ve öldüreni bilmediklerine" dair yemin ettirilmesidir. Böylece ölünün kanını heder olmaktan korumak ve o mahal ahalisinin alaka ve dikkatsizliğine bir tür ceza olmak üzere bu kimseler hakkında diyet ödeme yükümlülüğüne hükmedilir.

[18] *Muvatta*, Talak 2; Abdurrezzak, *Musannef*, VI/369; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/78; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/343.

Mikdad (r.a.) hadisi de şöyle yorumlanır: Mikdad, Osman (r.a.)'a borcunu ödediğini iddia etmiştir. Biz de zaten bu görüşteyiz. (Bu yoruma göre Mikdad, dâvacıdır. Yemin etme yükümlülüğü de Osman'a aittir) [17/35]

Akli delilimiz iki türlüdür: Birincisi, dâvacının dâvalı üzerindeki hakkı dâvalının cevap vermesidir. Bu, dâvacıyı hakkına ulaştıran bir cevaptır. Bu da dâvalının ikrar etmesi ile olur. Dâvalının inkar etmesi ile dâvacı hakkını elde edemezse, din ona asıl hakkına bedel olarak yemin isteme hakkı tanır. Dâvalı yemin etmekten kaçınmak suretiyle dâvacının bu hakkına engel olunca, asıl hakkı geri döner. Çünkü dâvalı, dînen asıl hakkı (ikrarı) yerine getirmediği sürece, dâvacının yemin ettirme hakkına engel olamaz. Bu çözüm yolu Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göredir. Onlar dâvalının yeminden kaçınmasını ikrar hükmünde kabul ederler.

İkinci yol ise şudur: Dâvacının dâvası geçerli olunca dâvalı, maldan vazgeçmekle yemin etmek arasında seçme hakkı olur. Bunlardan birisinde vekillik geçerli, diğerinde geçersizdir. Dâvalı her ikisini de yapmayınca hakim, vekilliğin geçerli olduğu şeyde (malı dâvacıya vermekte) dâvalının yerine geçer. Çünkü dâvalının kendini savunabilmesi yemin etmesi koşuluyla olur. Yemin etmekten kaçınınca kendini savunmayı terkettiği için anlaşmazlığı bırakmış ve dâvacıya "Ben bu mal hakkında seninle dâvalaşmayacağım" demiş gibi olur. Böylece dâvacı o malı alabilir. Çünkü malın kendine ait olduğunu iddia etmektedir. O malda hak iddia eden başka bir kimse de yoktur. Bu çözüm yolu da Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin kuralına göredir. Ebû Hanîfe (rh.a.), dâvalının yeminden kaçınmasını hakkından vazgeçme (bezl) olarak kabul etmiştir. Yeminden kaçınmada bulunan olasılığı da bakılmaz. Çünkü din onu haklı olduğu yeminden kaçınma ile değil, yalan yere yemin etmekten kaçınma ile yükümlü tutmuştur. Bu nedenle dâvalının yeminden kaçınmasında bu taraf (yalan yeminden kaçınma tarafı) ağır basar. Diğer yandan dâvalı, ancak dâva konusu maldan vazgeçerek, yalan yere olmayan yeminden kaçınabilir. Çünkü kişi, hakka engel olup başkasını zarara uğratarak değil, zararı kendisi üstlenerek yalan yere olmayan yeminden kaçınabilir. Şâfiî (rh.a.)'nin "Görünüş dâvalının yeminden kaçınması durumunda dâvacı lehine tanıklık etmektedir" sözü ancak dâvacının dâvasında doğruluk tarafının ağır basmasıyla mümkündür. Bu ise hüküm vermeyi gerektirir. Ayrıca yemin ispat için değil, nefiy (inkar) için meşru kılınmıştır. Dâvacı ise ispat etmeye ihtiyaç duyar. Dolayısıyla yemin dâvacının delili olamaz.

Muhammed (rh.a.)'in "Ben yemini yerinden oynatmam" sözünün anlamı budur. Çünkü yemin nefiyde bile nefyi (reddi) gerektirmez. Bu nedenle dâvalının yemin etmesinden sonra dâvacının getirdiği delil kabul edilir. Yeri dışında yani ispat için kullanılması durumunda ise ispatı gerektirmemesi öncelikle sabit olur. Tanıklıklar ispat içindir. Bununla birlikte dâvacı, kendi lehine tanıklık yapmakla

hiçbir şey elde edemez. Kendi lehine yemin etmesiyle hak sahibi olamaması öncelikle sabit olur. Çünkü yemin ispatta kullanılmaz.

İki kişi bir ev hakkında anlaşmazlığa düşse ve her biri evin zilyedinin (elinde tutanın) kendisi olduğunu iddia etse, her ikisi de delil getirmek durumundadır. Çünkü mülkiyet dâvası bizzat kastedilir olduğu gibi, zilyetlik dâvası da bizzat kastedilir. Çünkü bir mülkten yararlanmak ve onda tasarruf etmek zilyetlikle mümkün olur. Her ikisi de evin zilyedinin kendisi olduğuna delil getirirse, hakim her birinin evin yarısında zilyet olduğuna hükmeder. Çünkü deliller birbirine aykırı ve denktir. Hak kazanmanın nedeninde denklik de, hak kazanmada denkliği gerektirir. Dâva konusu evde ortaklık yapmak mümkün ise, hakim her birinin evin yarısının zilyedi olduğuna hükmeder. Çünkü dâva konusunda darlık ve alternatif kabul etmeme söz konusudur.

Taraflardan birisi evin kendine ait olduğuna delil getirse, evin ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü o, getirdiği delil ile, diğerinin elinde olan kısma sahip olduğunu ispatlamış, diğeri ise karşı bir delil getirememiştir. Birinin zilyetliğine, diğerinin mülkiyet hakkına hükmetmek arasında ise çelişki yoktur.

[17/36] Hanefi fakihlerimiz (rh.a.) şöyle derlerdi: Bir kimse "Bu şey benim mülkümdür. Bunun zilyedi de benim" dediği zaman, hakim onun dâvasını dinlemez. "Mülkün senin elinde ise benden ne istiyorsun" der. Bu mesele şöyle yorumlanır: Bu meselede dâvacı zilyetliğin kendisine ait olduğunu iddia etmemektedir. Diğer meselede ise zilyetliğin kendine ait olduğunu iddia etmektedir. Bundan dolayı zilyetliğin kendisine ait olduğu dâvası kabul edilir. Delil getirmesi durumunda zilyetliğin ona ait olduğuna hükmedilir.

Hassaf (rh.a.) şöyle der: Bir kimse, başkasının elindeki bir evin kendisine ait olduğunu iddia etse, delil getirse, tanıklar evin dâvalının elinde olduğuna tanıklık etmediği sürece, getirdiği delil kabul edilir. Çünkü dâvacı ile dâvalı, üçüncü bir kimsenin elinde olan bir taşınmaz konusunda gizlice anlaşmış olabilirler. Bu anlaşmaya göre birisi evin kendine ait olduğunu iddia edecek, diğeri de taşınmazın kendi elinde olduğunu ikrar edecek ve böylece, taşınmaz başkasının elinde olduğu halde, dâvacı delil getirebilecektir.

Fakat o mesele şöyle yorumlanır: Diğer taraf delil getirerek zilyetliğini ispat etmemiştir. Burada ise her iki taraf da zilyetliğini delil getirerek ispat etmiştir. Bundan dolayı bunlardan birinin, mülkiyetini diğerine karşı ispat eden delilini kabul ettik.

İki taraf da zilyetliğe delil getiremese, diğerinin "Bu ev onun değildir" diye yemin etmesini istese, her ikisinin de "Bu ev onun değildir" diye yemin etmesi gerekir. Çünkü diğerinin iddia ettiği şeyi ikrar etse, hakkını vermesi gerekir. İnkar ettiği zaman, hakim evi onlardan birinin eline vermese bile, diğerinin aleyhine yemin eder. Çünkü zilyetliğe hükmetmek için gereken delili iki taraf da

getirememiştir. Fakat hakim onları, delilsiz olarak dâvalaşmaktan yasaklar. Hangisi yeminden kaçınırsa hakim onu evin zilyedi yapmaz. Çünkü diğer dâvacı yemin etmiştir. Hakim, dâvacılardan birinin yeminden kaçınması ile de yemin eden dâvacıyı evin zilyedi yapmaz. Çünkü evin üçüncü bir kimsenin elinde olması ve dâvacıların, hakimi aldatmak için gizlice anlaşmış olması mümkündür. Bu, yeminden kaçınan dâvacının diğer dâvacı ile dâvasını sürdürmesine engel olur. Çünkü yeminden kaçınması kendisi aleyhine bir delildir. Hakim evi üçüncü bir kimsenin elinde bulursa, evi onun elinden almaz. Çünkü dâvacıların yeminden kaçınması kendilerinden başka kimseler hakkında delil değildir. Hüküm ise delile göredir.

İki kimsenin elindeki bir köleyi, üçüncü bir kişi kendine ait olduğunu iddia edip dün elinde olduğuna delil getirse, getirdiği bu delil kabul edilmez.

Çünkü tanıklar, zilyetliğin o kimsenin elinden çıktığını hakim öğrendikten sonra tanıklık etmişlerdir. Zilyetliğin elden çıkma nedeni ise sabit olmamıştır. Böyle bir tanıklık kabul edilmez. Çünkü geçmişte olan bir şey hakkında yapılan tanıklık, ancak "Sabit olduğu bilinen bir şeyin devam etmesi asıldır", kuralıyla kabul edilebilir. İstishâb-ı hal (bir şeyin eskiden olduğu üzere kaldığına hükmetmek) ile uygulama yapmak ise o şeyin ortadan kalktığı kesin olarak bilinmediği zaman câiz olur. *el-İmla* kitabının ravileri Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre tanıklığın kabul edileceğini rivayet etmişlerdir. Çünkü onun kuralına göre, tanıklar kölenin dün o kimsenin mülkünde olduğuna tanıklık etseler, bu tanıklık kabul edilir.

Fakat bu kıyas doğru değildir. Çünkü mülkiyet gözle görülmez. Hakim, tanıklık ettikleri şeyin tanıklık sırasında ortadan kalkıp kalkmadığını bilemez. Dolayısıyla bir şeyin eskiden olduğu üzere kaldığına hükmetmek (İstishâb-ı hal) için iki yol vardır. Zilyetlik ise böyle değildir. Çünkü zilyetlik gözle görülür. Hakim, dâvacının zilyetliğinin, başkasının görünürdeki zilyetliği ile ortadan kalktığını kesin olarak bilmiştir. Dolayısıyla zilyetlikte İstishâb-ı hal için bir yol yoktur. Zilyet, evin dün dâvacının elinde olduğunu ikrar etse evi ona teslim etmesi emredilir. Çünkü ikrar hakim henüz hükmünü vermeden önce kendiliğinden bağlayıcıdır. Zilyedin ikrarıyla evin dün dâvacının elinde olduğu ortaya çıkar. Kendisinin ev üzerinde hak sahibi olduğunu ispat etmedikçe evi dâvacıya teslim etmesi emredilir. Tanıklık ise hakimin hükmü olmadan bir hakkı gerekli kılmaz. Hakimin ise var olan duruma aykırı bir bilgiye dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir. Tanıklar zilyedin, evin dün dâvacının elinde olduğunu ikrar ettiğine tanıklık etseler, bu durumda da zilyedin evi dâvacıya teslim etmesi emredilir. Çünkü zilyedin tanıklıkla sabit olan ikrarı gözle görülerek sabit olan ikrar hükmündedir. [17/37]

Bir kimse "Falanca kimse bu köleyi benden aldı" veya, "elimden çekip aldı" veya "benden gasbetti" ya da "beni yendi ve elimden aldı" yahut da "Ben kölemi bir ihtiyacım için göndermiştim, bu kimse kölemin yolunu kesip onu yakaladı"

veyahut da "Kölem elimden kaçtı ve bu kimse yakaladı" iddiasında bulunup tanık getirse, bu tanıklık geçerli olur. Kölenin o kimseye ait olduğuna hükmedilir. Çünkü tanıklar kölenin efendinin elinden çıkma nedenini ispat etmiştir. Bu bizzat hakim tarafından görülmüş gibi olmuştur. Tanıklar, kölenin zilyedin eline geçmesinin dâvalının almasıyla olduğunu ispat etmişlerdir.

Peygamber (s.a.v.),

على اليد ما حدت حتى يؤدي

"Bir kimse aldığı şeyi geri verinceye kadar ödeme yükümlülüğü ona aittir"[19] buyurmuştur.

Kişinin, açık bir hakkı olmayan bir şeyi alması haksızlıktır. Haksız olan fiilin ise dînen kaldırılması gerekir. Bunun yolu da alınan şeyi geri vermektir.

Bir kimsenin, elindeki malın yabanda olan birisine ait olduğunu ikrar etmesi

Bir kimse, birisinin elinde olan bir malın kendine ait olduğunu iddia etse, zilyet de, "Bunu bana falanca kimse emanet etti" veya "ariyet (ödünç) olarak verdi", ya da "Beni bu malı korumaya vekil atadı" dese biz Hanefîlere göre söylediğine delil getirmediği sürece dâvalı olmaktan kurtulmaz. İbn Ebû Leyla (rh.a.) bu kimsenin delil getirmeden, sırf sözüyle dâvalı olmaktan kurtulacağını söylemiştir. İbn Şübrüme ise, söylediğine delil getirse bile, dâvalı olmaktan kurtulamayacağını söylemiştir.

İbn Ebû Leyla (rh.a.)'nın görünüşün dayanağı şöyle açıklanabilir: Zilyedin sözü orada hazır olmayan kimsenin mülkiyet hakkını ikrar etmesi anlamına gelir. İkrar ise hakkı doğrudan gerekli kılar. Çünkü Allahu Teâlâ,

بل الإنسان على نفسه بصيرة

"Artık insan kendi kendinin şahididir" (el-Kıyâme 75/14) buyurmuştur.

Ayrıca, zilyedin kendi aleyhine ettiği ikrarda töhmet yoktur. Bu nedenle, ikrar ettiği şey, doğrudan ikrar ile sabit olur. Zilyedin elinin dâvada taraf olma eli (yed-i husumet) değil, koruma eli olduğu ortaya çıkar.

Bu kuralın doğruluğuna şu mesele delildir: Bir kimse ortada olmayan birisi lehine mal ikrarında bulunsa, sonra o malın hazır olan başka birine ait olduğunu ikrar etse, daha sonra ortada olmayan kimse gelip ikrar edeni doğrulasa, malı ona teslim etmesi gerekir. Yine bir kimse diğeri lehine bir ikrarda bulunduktan sonra hastalansa ve lehine ikrarda bulunan kişi onu doğrulasa, bu kimsenin ikrarı sağlıklı iken yapılmış bir ikrar olur.

İbn Şübrüme (rh.a.) ise şöyle demiştir: Zilyet, getirdiği delil ile ortada olmayan kimsenin mülkiyet hakkını ispat etmektedir. Halbuki zilyet, başkasının mülkiyet

[19] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; Ebû Dâvûd, İcare 88; Tirmizî, Buyû' 39; İbn Mâce, Sadakât 5.

hakkını ispat etmek konusunda dâvada taraf değildir. Çünkü bir kimsenin diğerinin rızası olmadan onun mülküne bir şey katma yetkisi yoktur. Diğer yandan zilyedin dâvada taraf olmaktan çıkması, başkasına mülkiyet ispat etme yoluyladır. Asıl sabit olmayınca onun kapsamında olan şey de sabit olmaz. Bu, kayırma yoluyla yapılan vasiyet gibidir. Bu vasiyet, satım akdinin kapsamında sabit olunca satım akdinin geçersiz olmasıyla vasiyet de geçersiz olur.

Bizim delilimiz ise şöyledir: Bu delil iki şeyi ispat eder. Birincisi ortada olmayan kimsenin mülkiyet hakkıdır. Var olan kimse (zilyet) bu konuda dâvada taraf değildir. İkincisi ise dâvacının dâvasının zilyetten uzaklaştırılmasıdır. Zilyet bu konuda dâvada taraftır. Dolayısıyla var olanda getirilen delil kabul edilir ve zilyet dâvada taraf olur.

Bu şuna benzer: Bir kimse eşini veya câriyesini yanına getirmesi için birini vekil etse, eşi kocasının kendini boşadığına, câriyesi de efendisinin kendisini özgür kıldığına delil getirse, vekilin onu serbest bırakması konusunda, bu delil kabul edilir. Boşanmanın ve özgür kılmanın gerçekleştiği konusunda ise vekil eden kişi bulunmadığı sürece kabul edilmez.

Çünkü zilyedin maksadı, kayıp kimsenin mülkiyet hakkını ispat etmek değil, o mal üzerindeki elinin dâvada taraf olma eli değil, koruma eli olduğunu ispat etmektir. Bu konuda dâvacı, onun karşı tarafıdır. Bu nedenle, onun delil getirerek dâvacıya karşı evin elinde emanet olduğunun ispatlaması hasmının (dâvacı) bunu ikrar etmesi hükmündedir. [17/38]

Dâvacının, zilyedin o malı gasbettiğini iddia etmesi ise, böyle değildir. Bu durumda zilyet, getirdiği delil ile dâvada taraf olmaktan kurtulamaz. Çünkü bu durumda zilyet, zilyetlik iddiası ile değil, fiil (gasbetme) iddiası ile dâvalı olmuştur. Mutlak mülkiyet dâvasında ise zilyetliği nedeniyle dâvalı olmuştu. Görmez misin zilyet olmayan kimseye karşı açılan gasb dâvası dinlenir. Mülkiyet dâvası ise dinlenmez. Dolayısıyla zilyet, elindeki malın başkasına ait olduğunu ispatlayınca hüküm bakımından zilyet olmayan kimse gibi kabul edilir. Bundan dolayı "Delil getirmeden önce sırf sözüyle dâvalı olmaktan kurtulmaz" dedik. Çünkü dâvacı, onun cevap vermesi hakkını elde etmiştir. Dolayısıyla zilyet elinde dâva konusu malın bulunmasıyla dâvalı olmuştur. Bu nedenle sırf sözüyle dâvayı düşüremez. İbn Leyla'nın zannettiği gibi zilyedin delili ile diğerinin ikrarı sabit olmaz. Sadece kendisine karşı iddia edilen hak düşer. Ebû Yusuf (rh.a.)'dan, "Zilyet hile yapmakla bilinen bir kimse ise delil getirmesiyle dâva sona ermez. Dürüst bir kimse ise sona erer" görüşü de, rivayet edilmiştir.

Ebû Yusuf (rh.a.) bu görüşe hakimlik görevine gelip insanların durumunu iyice anlayınca varmış ve "Hileci kimse bir çare düşünerek malını, satın almak isteyen kimseye verip, ona malı açıktan kendisine emanet olarak vermesini emredebilir. Böylece bir kimse o malı iddia ettiği zaman kendisinin emanetçi olduğuna delil

getirir. Dâvada taraf olmaktan kurtulur. Bundan maksadı dâvacıya zarar vermektir. Çünkü bu durumda dâvacı delil getirerek hakkını ispat edemez. Bu nedenle bir kimse, hileciliği ile töhmet altında ise böyle bir delil getirerek dâvada taraf olmaktan kurtulmaz. Zilyedin tanıkları, malı zilyedin tanımadığı bir kimsenin emanet bıraktığına tanıklık etseler, zilyet dâvalı olmaktan kurtulmaz. Çünkü dâvacı olan kimse, zilyede malı emanet bırakan kimse olabilir. Bu tanıklıkta zilyedin dâvalı olmasına engel hiçbir şey yoktur.

İkincisi, zilyet, getirdiği delil ile dâvayı başkasına havale ettiği zaman dâvalı olmaktan kurtulur. Bu da zilyet, dâvayı dâvacının mahkemeye vermek için izlemesi mümkün olan birisine havale ettiği zaman gerçekleşebilir. Bilinmeyen bir kimseye havale edip dâvacının onu izlemesi mümkün olmayınca bu havale geçersiz olur. Câiz olmaz.

Tanıklar, "Bu malı zilyede, gördüğümüz zaman simasını tanıyacağımız fakat ismini ve nesebini bilmediğimiz birisi emanet olarak bıraktı" deseler, Muhammed (rh.a.)'e göre zilyet dâvalı olmaktan kurtulmaz. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise kurtulur. Muhammed (rh.a.) bunu *el-Cami*'de anmıştır.

Adı soyadı bilinmeyen bir kimsenin tanınmış olmaması

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün dayanağı şöyledir: Zilyet dâvayı, dâvacının mahkemeye vermesi mümkün olmayan belirsiz bir kişiye havale etmiştir. Bu, tanıkların", bu malı ona bilmediğimiz bir kimse emanet bıraktı" sözleri hükmündedir. Çünkü bir kimsenin yüzünü görünce tanımak onu tanımak değildir. Nitekim rivayet edilmiştir ki; Resûlüllah (s.a.v.) bir kimseye "Falancayı tanıyor musun?" diye sordu. O kimse "Evet" dedi. Resûlüllah (s.a.v.) "İsmini biliyor musun" buyurdu. O da "Hayır" dedi. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.) اذا لا تعرفه "O halde sen onu tanımıyorsun"[20] buyurdu. Bir kimse ismini ve nesebini bilmediği bir kimse hakkında "Falancayı tanımıyorum" diye yemin etse ve onu görünce tanısa, yeminini bozmuş olmaz.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demiştir: Zilyet getirdiği delil ile dâvacının karşı tarafı (hasmı) olmadığını ispat etmiştir. Çünkü biz biliyoruz ki, emanet bırakan kişi dâvacı değildir. Çünkü tanıklar emanet bırakanı, yüzünü görünce tanıyorlar. Onun dâvacı olmadığını biliyorlar. Zilyedin maksadı ise elinin koruma eli olduğunu (malın elinde koruma maksadıyla bulunduğunu) ve dâvada taraf olmadığını ispat etmektir. Bu delil de bu maksat için yeterlidir. Dâvacının, karşı tarafı dâva edememek suretiyle gördüğü zarar, zilyet tarafından değil, kendinin karşı tarafı bilmemesinden kaynaklanmıştır. Bir kimsenin simasını tanımanın tam bir tanıma olmadığını, biz de kabul ediyoruz. Çünkü ortada olmayan kimseyi, simasını tanınmakla mahkemeye getirmek mümkün değildir. Fakat dâvacıya karşı tarafı tanımlamak zilyedin görevi değildir. Onun görevi kendinin dâvalı olmadığını ispat

[17/39]

[20] Bkz. Ebû Nuaym, *Hilyetü'l-evliyâ*, II/197.

etmektir. Bütün bu hükümler, "Getirilen delil ile ortada olmayan kimse aleyhine hüküm vermek câiz olmaz" kuralımıza dayanmaktadır. Dolayısıyla dâvacının delil getirebilmesi için, mahkemede hazır bulunan bir dâvalı olmalıdır.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise getirilen delil ile, ortada olmayan kimsenin aleyhine hükmetmek câizdir. Bu konuda dâvalının mahkeme salonunda veya o beldede hazır bulunmaması arasında fark yoktur. Şâfiî'nin doğru olan görüşü budur. Hakim onu mahkemeye yalnızca ikrar etmesi ümidiyle getirtir. Çünkü böylece dâvanın süresi kısalır. Dâvacı, delil getirme külfetine girmemiş olur. Şâfiî Peygamber (s.a.v.)'in اَلْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي *"Delil getirme yükümlülüğü dâvacıya aittir"*[21] hadisini delil olarak kullanmıştır. Dolayısıyla delil getirmesi için dâvalının mahkemede hazır bulunmasını koşul koymak fazlalık olur. Diğer yandan Hind (r.a.) Resûlüllah (s.a.v.)'a "Ebû Süfyan cimri bir kimsedir, bana ve çocuğuma yetecek nafakayı vermiyor" dediğinde, Peygamber (s.a.v.),

خُذِي مِن مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ

"Ebû Süfyan'ın malından örfe göre sana ve çocuğuna yetecek kadarını al"[22] buyurdu.

Görüldüğü gibi Resûlüllah (s.a.v.) Ebû Süfyan hazır bulunmadığı halde onun aleyhine nafaka ile hükmetti. Diğer yandan bu, hakim tarafından dinlenen adil bir delildir. Dolayısıyla dâvalı mahkemede hazır iken nasıl hüküm veriliyorsa mahkemede hazır olmadığı zaman da hüküm verilebilmelidir.

Bunun aklî açıklaması şöyledir: Getirilen delil siz Hanefîlere, göre de hazır olmayan kimsenin bulunduğu şehrin hakimine mektup yazmak için dinlenir. Etkisi de şudur: Karşı tarafın yitirdiği şey sadece dâvalının inkârıdır. Dâvalının inkar etmesinin ise dâvacıya hakkını ulaştırmakta bir etkisi yoktur. Diğer yandan aslolan inkardır. Dolayısıyla bu asla tutunmak gerekir. Dâvalının inkarı bu yolla (kural gereği) sabit olunca, aleyhine getirilen delil kabul edilir. Dâvalı ikrar ediyorsa zaten aleyhine hüküm verilir. Çünkü hazır olmayan kimsenin ikrarı ile aleyhine hükmetmenin câiz olduğunda ittifak ettik. Buna göre dâvalının fiilini, hüküm vermedeki iki delilden birine (ikrar veya inkar) kıyas ederiz.

Biz Hanefîlerin delilimiz Peygamber (s.a.v.)'in Ali (r.a.)'ye,

لَا تَقْضِ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الْآخَرِ فَإِنَّكَ إِذَا سَمِعْتَ كَلَامَ الْآخَرِ عَلِمْتَ كَيْفَ تَقْضِي

---

[21] Buhârî, Rehin 6; Müslim, Akdiye 1; Ebû Dâvûd, Akdiye 23; Tirmizî, Ahkâm 12.

[22] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/39; Buhârî, Buyû' 95; Müslim, Akdiye 7; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât 65; İbn Hibbân, *Sahih*, X/68; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, III/275.

"Taraflardan birinin sözünü dinlemeden önce diğerinin lehine hüküm verme! Çünkü sen diğerinin sözünü dinleyince nasıl hüküm vereceğini bilirsin"[23]

Buyurarak belirsizliğin (cehalet) hakimin hüküm vermesine engel olduğunu, ancak iki tarafın da sözünün dinlenmesi ile belirsizliğin ortadan kalkacağını açıklamıştır. Peygamber (s.a.v.)'in "Delil getirme yükümlülüğü dâvacıya aittir" hadisi (Şâfiî'nin değil) bizi Hanefîlerin delilimizdir. Çünkü "delil" (beyyine), meydana gelen açıklamanın (beyan) ismidir. Maksat, dâvacı hakkındaki açıklama değildir. Çünkü bu, dâvacının kendi sözüyle gerçekleşir. Hakim hakkındaki açıklama da değildir. Çünkü dâva konusu malı iddia eden başka bir kimse yoksa bu, dâvacının sözüyle gerçekleşir. Sadece inkar eden dâvalı hakkındaki açıklamaya ihtiyaç vardır. Bu da ancak dâvalının mahkemeye getirilmesi ile olur. Görmez misin dâvacı yükümlü olduğu delili getiremezse dâvalıya yemin teklif edecektir. Bundan dolayı Peygamber (s.a.v.), اَلْيَمِيْنُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ "Yemin etme yükümlülüğü inkar edene aittir"[24] buyurmuştur. Bu ancak dâvalının hazır bulunması durumunda söz konusu olur. Diğer yandan beyyine, getirilen hüccetin (delilin) adıdır. Dâvalının, defetmekten ve eleştirmekten âciz olduğu kesinlik kazanmadığı sürece, delil dâvalının aleyhinde bir delil olmaz. Kur'an, insanların ona denk bir şey getirmekten âciz oldukları ortaya çıktığı zaman insanlara karşı bir delil olmuştur. Dâvalının âciz kaldığının ortaya çıkması da ancak mahkemede hazır bulunması ile anlaşılır.

Hind (r.a.) hadisinde de Şâfiî (rh.a.)'nin delili yoktur. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.) Hind'in nafaka hakkına sahip olma nedenini biliyordu. Bu neden, açıkça bilinen evlilikti. Görmez misin Hind, delil getirmemiştir.

[17/40] Bunun anlamı şudur: Dâvalı, dâvanın iki tarafından biridir. Dolayısıyla dâvacı gibi, delille aleyhine hükmedilebilmesi için, onun da mahkemede hazır bulunması koşuldur. Hatta bu konuda dâvacıdan daha önceliklidir. Çünkü dâvacı verilen hükümden yararlanırken dâvalı zarar görmektedir. Bunun etkisi şudur: Dâvacının dâva açması ve dâvalının hüküm meclisinde hazır bulunması getirilen delil ile işlem yapmanın koşuludur. Bu nedenle inkar eden kimsenin aleyhine getirilen delil dinlenmez. Hakimin kararından önce ikrar bulunduğu zaman, ortaya konan delil ile hüküm verilmez. Dâvacının mahkemede hazır bulunmamasıyla, birinci koşul gerçekleşmemiş olur. Bu koşul dâva açma koşuludur. Dâvalının hazır bulunmaması ile ise, hüküm vermenin ikinci koşulu yerine gelmez. Bu koşul da dâvalının inkar etmesidir. Bir şeyin koşulunun bulunmaması, kendisiyle işlem yapmanın imkansız olması bakımından asıl unsurun bulunmaması gibidir. Dâvalının inkarı, her ne kadar görünüş olarak sabit ise de, biz Hanefîlere göre koşul, kesin bilinmediği sürece görünüş yoluyla sabit olmaz. Bundan dolayı efendinin kölesine "bu gün

---

[23] Bkz. Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/90; Tirmizî, Ahkâm 5; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X/137.

[24] Dârekutnî, *Sünen*, III/110; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/228; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/126; benzer rivayetler için bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/342; Tirmizî, Ahkâm 12; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/477.

ben eve girmezsem sen özgürsün" dese ve o gün geçtikten sonra efendi, "Eve girdim", köle de "Girmedin" dese, efendinin eve girmemesi görünüş bakımından sabit olsa bile, köle özgür olmaz.

Buna dayanarak Ebû Yusuf (rh.a.) şöyle demiştir: Dâvalı mahkemede bulunsa, inkar etse ve aleyhine delil getirilse, sonra mahkemeden ayrılsa aleyhine hüküm verilir. Çünkü inkar ettiği kendi ağzından duyulmuştur.

Muhammed (rh.a.) ise "Aleyhine hüküm verilmez" demiştir. Çünkü dâvalının, hüküm verilme vaktine kadar inkarında devam etmesi koşuldur. Bu ise, dâvalının mahkemeden ayrılmasından sonra bizzat kendi ifadesiyle değil, İstishâb-ı hal delili ile sabittir.

Şâfiî (rh. a.)'nin "Mahkemede bulunmayan kimsenin aleyhine olan söz size göre de dinlenir" sözüne gelince, bu hüküm vermek için değildir. Bu nedenle dâvalı, (delil dinlendikten sonra) mahkemeye gelse bile o delil ile hüküm vermek câiz değildir. Dâvalı mahkemede hazır değilken dâvacının getirdiği delilin dinlenmesi, hüküm vermek için değil, tanıklığı o şehrin hakimine mektupla nakletmek içindir. Bu, asıl tanıkların, ikinci tanıkların (fürû) yanında, dinlenmesi gibidir. Bu da, hüküm vermek için değil, asıl tanıkların tanıklığını nakletmek içindir. Delili ikrara kıyas etmek de yanlıştır. Çünkü ikrar hakimin hükmü olmaksızın hakkı doğrudan gerektirir. Delil ise böyle değildir. Görmez misin mahkemede bulunmayan kimsenin ikrarı geçerlidir. Delil ise geçerli değildir. Çünkü ikrarda bulunan kimsenin kendi ikrarını eleştirme (kınama) hakkı yoktur. Dolayısıyla dâvalı mahkemede değilken, yaptığı ikrar ile aleyhine hükmedilmesi ile, ikrarını eleştirme hakkı elinden alınmış olmaz. Delilde ise böyle değildir.

Bir kimse diğerinin elinde olan evin kendine ait olduğunu ve evi zilyede kiraya verdiğini iddia etse, diğer bir kimse de evin kendine ait olduğunu ve evi zilyede emanet olarak verdiğini iddia etse ve her ikisi de delil getirse, evin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü her ikisi de evin zilyede kendi tarafından ulaştığını getirdiği delil ile ispat etmiştir. Dolayısıyla evin mülkiyet hakkını elde etme nedeninde aralarında denklik vardır. Bu, bize göre mülkiyet hakkında da denkliği gerektirir. Bunu ikinci konuda açıklayacağız.

Bir kimse diğerinin elindeki kölenin kendisine ait olduğunu ve zilyedin onu gasbettiğini iddia edip delil getirse, diğer bir kimse de kölenin kendine ait olduğunu ve zilyedin elinde emanet olduğunu iddia edip delil getirse; hakim kölenin gasbedildiğini iddia eden kimseye ait olduğuna hükmeder. Çünkü onun getirdiği delil, diğerinin delilini çürütmektedir. Çünkü o, delili ile zilyedin köleyi kendinden gasbettiğini ve elinin gasb eli olduğunu ispatlamıştır. Bu, kölenin başkasının emaneti olmasına engeldir. Bundan dolayı biz, gasb iddiasında bulunanın delilini tercih ettik. Kölenin gasb iddia eden kimseye ait olduğuna hükmettik. Allah daha iyi bilir.

MİRASTA DÂVA

Bir kimsenin elinde bir köle olsa, başka bir kimse de, babasının öldüğüne, o köleyi kendisine miras olarak bıraktığına ve babasının başka bir mirasçısı olup olmadığını bilmediklerine delil getirse, başka bir kimse de aynı şekilde babasının öldüğüne, köleyi kendisine miras olarak bıraktığına ve babasının başka bir mirasçısı olup olmadığını bilmediklerine delil getirse, kölenin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. [17/41]

İki ayrı kişinin, birinin elindeki malda miras iddia etmesi

Çünkü mirasçılardan her biri miras bırakan kimse adına dâvada taraftır. Sanki miras bırakanlar hayattadır. Üçüncü bir kimsenin elinde olan bir şeyde mutlak mülkiyet hakları olduğuna delil getirmişlerdir. Bu durumda bize göre mülkiyet hakkının yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir.

Malik (rh.a.)'e göre ise iki tanık grubundan en âdil olana göre hüküm verilir. Evzâî (rh.a.)'ye göre hangisinin tanıkları daha çoksa onun lehine hükmedilir. Şâfiî (rh.a.)'nin iki görüşünden birine göre iki delil birbirini düşürür. Diğer görüşüne göre ise aralarında kur'a çekilir. Kur'a kime çıkarsa onun lehine hükmedilir.

Malik şöyle demektedir: Tanıklık, tanığın adalet niteliğini taşıması ile delil olur. Daha âdil olan tanığın delil olma kuvveti daha fazladır. Zayıf kuvvetlinin karşısında duramaz.

Evzâî ise şöyle demektedir: Kalp, bir topluluğun sözüne iki kişinin sözünden daha fazla güvenir. Bu nedenle sözlerine kalp daha fazla güvendiği için tanığı çok olan taraf tercih edilir.

Şâfiî, iki delilin birbirini düşüreceği görüşüne göre şöyle demektedir: hakim iki tanık grubundan birinin yalan söylediğini kesin olarak bilmekte, fakat hangisinin doğru, hangisinin yalancı olduğunu bilememektedir. Bu nedenle her ikisiyle de uygulama yapma imkânı ortadan kalkar.

Bu, iki tanığın bir kimsenin eşini kurban bayramı günü Mekke'de boşadığına, diğer iki tanığın da aynı gün Kufe'de boşadığına tanıklık etmesi gibidir. Yalancılık şüphesi, tanıklıkla işlem yapmaya engel olduğuna göre, yalanın kesin olarak bilinmesi, öncelikle engel olur. Şâfiî (rh.a.) delil olarak nikah mülkiyetini kullanmıştır. Şöyle ki iki kimse bir kadın hakkında anlaşmazlığa düşseler, her biri onun kendi eşi olduğuna delil getirse hakim iki delille de hüküm vermez.

Dâvada delillerin eşit olması durumunda yapılacak işlem

Şâfiî (rh.a.) iki dâvacı arasında kur'a çekileceği görüşüne Said b. Müseyyeb (r.a.)'in hadisini delil getirmiştir: İki kimse bir câriye hakkında Resûlüllah (s.a.v.)'ın huzurunda muhakeme oldular. Her iki taraf da câriyenin kendine ait olduğuna delil getirdi. Bunun üzerine Resûlüllah (s.a.v.) aralarında kur'a çekti ve

اَللّٰهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَ عِبَادِكَ بِالْحَقِّ

"Allahım! Sen kulların arasında hak ile hükmedensin" buyurdu. Sonra câriyenin kur'ayı kazanan kimseye ait olduğuna hükmetti[25].

Rivayet edilmiştir ki: İki kişi bir katır hakkında Ali (r.a.)'ye dâvacı oldu. Dâvacılardan biri iki tanık, diğeri beş tanık getirdi. Bunun üzerine Ali (r.a.), yardımcılarına "Ne görüştesiniz" diye sordu. Onlar da hangi tarafın tanığı daha çoksa ona verilir" dediler. Ali de "Belki iki tanık beş tanıktan hayırlıdır" dedi. Sonra "Bunda hem hüküm, hem sulh vardır. Sulh katırın iki dâvacı arasında tanıkların sayısına göre pay edilmesidir. Hüküm ise birinin yemin edip katırı almasıdır. Yemin etmekte anlaşmazlığa düşerlerse (her iki taraf da yemin ederse) aralarında kur'a çekerim. Kur'a kime çıkarsa onun lehine hükmederim" dedi.

Ayrıca hak sahibinin belirlenmesi için kur'a çekmek dinde bir asıldır. Nitekim ortak malın paylaştırılmasında kur'a yoluna başvurur.

Biz Hanefîlerin delilimiz; Temim b Tarfe (r.a.) hadisidir: İki kişi bir mal hakkında Resûlüllah (s.a.v.)'a dâvacı oldu. Her ikisi de delil getirdi. Bunun üzerine Resûlüllah (s.a.v.) malı ikisi arasında yarı yarıya paylaştırdı.

Ebû'd-Derdâ (r.a.)'dan şöyle rivayet edilmiştir: İki kişi bir mal hakkında kendisine dâvacı olup, delil getirdiler. Bunun üzerine Ebû'd-Derdâ (r.a.) şöyle dedi: Sizin İsrail oğullarının zinciri gibi bir zincire ne kadar ihtiyacınız var. Davut (a.s.) anlaşmazlıkları çözmek için hüküm meclisine oturunca gökyüzünden bir zincir iner ve haksız olan tarafın boynunu alırdı" dedi ve malın yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmetti. **[17/42]**

Rivayet edilen kur'a çekilmesi olayı, kumar mübah olduğu dönemde olmuştur. Kumarın haram kılınmasıyla bu kaldırılmıştır. Çünkü hak sahibinin belirlenmesi, baştan hak sahibi olmak gibidir. Nasıl ki hak sahibi olmayı kur'anın çıkmasına bağlamak kumar oluyorsa, hak sahibini kur'a ile belirlemek de kumar olur. Ortak malın paylaştırılması ise böyle değildir. Çünkü burada hakimin kur'a çekmeden de belirleme yetkisi vardır. Sadece tarafların gönlünü hoş tutmak ve onlardan birine meylettiği şüphesini bertaraf etmek için kur'a çeker. Bu da kumar değildir.

Ali (r.a.) hadisi de Ömer'den ve Ali (r.a.)'den rivayet edilen şu hükme ters düşer: İki kimse bir çocuğun kendisine ait olduğunu iddia edince Ömer ve Ali (r.a.), çocuğun, her ikisinin oğlu olduğuna hükmettiler. Kur'a çekmediler. Halbuki Ali (r.a.) buna benzeyen başka bir olayda ve yemin konusunda Resûlüllah (s.a.v.) döneminde kur'a çekmiştir. Bu, Ali (r.a.)'nin kumarın haram kılınmasıyla bu hükmün de kaldırıldığını bildiğini gösterir.

Verdiğimiz hükmün anlamı da şudur: Dâvacılar hak sahibi olma nedeninde birbirine eşittirler. Dâva konusu, ortaklığı kabul eden bir maldır. Bu nedenle hak

[25] Bkz. Ebû Dâvûd, Talak 32; İbn Mâce, Ahkâm 20.

sahibi olmada da eşit olurlar. Bu, iki kişinin terikeden alacağı olup, terikede sadece birisinin alacağını ödeyecek miktarda mal bulunmasına ve malın üçte biri kendilerine vasiyet edilmiş olan iki vasiyetçinin, malın üçte birini aralarında paylaşmalarına benzer. Gerekçe şöyle açıklanabilir: Dâva konusu olan mal (ayn) mülkiyeti, ortaklığı kabul eder. Nikah mülkiyeti ise kabul etmez. Çünkü beyyineler delildir. İmkan ölçüsünde kendileriyle uygulama yapılır. İki tanık grubu da maldan dâvacıların hakkı olduğunda ifade birliği etmiş iken dâva konusu mal nasıl zilyedin elinde bırakılabilir.

Şâfiî (rh.a.)'nin "Hakim tanık gruplarından birinin yalan söylediğini kesin olarak bilmiştir" sözü zayıftır. Çünkü tanık gruplarından her biri tanıklık yapmayı sağlayan bir nedene dayanmıştır. Bu neden, dâva konusu malı, lehine tanıklık ettikleri kimsenin elinde görmeleridir. Bu mesele, bu açıdan karısını Mekke'de boşadığına ve Kufe'de boşadığına tanıklık meselesinden ayrılır. Çünkü biz, o meselede tanık gruplarından birinin yalan söylediğini kesin olarak bildik. Çünkü bir kimse aynı günde Mekke'de ve Kufe'de olamaz. Fakat bir mal ardışık iki vakitte iki kimsenin elinde olabilir. Bu nedenle bu nedenle imkân ölçüsünde hüküm vermeyi gerekli gördük.

Dâvacılardan birinin tanıklarının tarih belirtip, diğerinin tanıklarının belirtmemesi

Dâvacılardan birinin tanıkları bir yıl önceki bir tarihi belirtse, diğerinin tanıkları tarih belirtmese, hakim aralarında yarı yarıya paylaştırır. Çünkü birinin tarih belirtmesi mülkiyet hakkını diğerinden önce elde ettiğini göstermez. Diğerinin tanıkları her ne kadar tarih belirtmemişse de o, tarih belirten dâvacıdan daha önce mülkiyet hakkını kazanmış olabilir. Muhammed (rh.a.) bu meseleyi Nevâdir'de şöyle belirtmiştir: Zilyet olmayan iki kişi mülkiyet dâvası açsa, dâvacılardan biri tarih belirtse, diğeri belirtmese, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre hakim dâva konusu malı aralarında eşit olarak paylaştırır. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hakim, tanıkları tarih belirten dâvacının lehine hükmeder.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünün dayanağı şudur: Tarih mülkiyetin nedeni değildir. Dâvacılardan birinin tarih belirtmesi diğerinin ona eşit olmasını veya ondan önce mülkiyet hakkı kazanmasını engellemez. Bu nedenle dâvacılardan birinin tarih belirtmesi ile belirtmemesi arasında bir fark yoktur.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: Dâvacılar arasındaki mülkiyet anlaşmazlığı yargılama sırasında gerçekleşmiştir. Tanıkları tarih belirten dâvacının mülkiyet hakkı belirtilen tarihten itibaren sabit olmuştur. O tarihte dâva konusu mal üzerinde mülkiyet hakkı iddia eden başka bir kimse de yoktur. Artık mülkiyet hakkı onun tarafından gerçekleştirilen bir neden olmaksızın elinden çıkmaz. Bu, hayvanın karnındaki yavruya delil getirmek gibidir.

[17/43]

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: Mutlak mülkiyete getirilen delil, asıl mal üzerinde mülkiyet hakkını ispat eder. Bundan dolayı bu delil ile fazlalıklara da

sahip olunur. Satıcılar birbirinden satım bedelini geri isterler. Dolayısıyla tanıkları tarih belirtmeyen dâvacı, bu açıdan daha önce olur.

Fakat bu görüş iki açıdan geçersizdir. Birincisi, Dâvacılardan birisi hayvanın kendi yanında doğduğuna, diğeri de mutlak mülkiyete delil getirse, hayvanın kendi yanında doğduğuna delil getiren dâvacı öncelikli olur. Mutlak mülke delil getirmek baştan mülkiyet hakkını elde etmeyi ispat etse, iki dâvacı birbirine eşit olurdu.

İkincisi: Bir köle, efendisinin kendini özgür kıldığını iddia etse, başka bir kimse de kölenin kendi mülkiyetinde olduğunu iddia etse ve delil getirseler, özgür kılma delili öncelikli olur. Mutlak mülkiyet dâvası açanın mülkiyet hakkını elde etmesi baştan (asıldan) olsaydı o, özgür delilinden öncelikli olurdu.

Dâvacılardan birinin tanıkları bir yıl önceyi, diğeri iki yıl önceyi mülkiyetin başlangıç tarihi olarak belirtseler, Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre kölenin iki yıl önceki tarihi belirten dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Muhammed (rh.a.)'in görüşü de böyledir.

Ebû Yusuf'un ilk görüşüne göre ise köle yarı yarıya ikisine ait olur. Bu konuda tarihin belirtilmesi ile belirtilmemesi arasında fark yoktur. Ebû Hafs (rh.a.) rivayeti olan nüshalarda böyle denilmektedir. Ebû Süleyman'ın rivayeti olan nüshalarda ise Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre kölenin, iki yıl önceki tarihi belirten dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Ebû Yusuf'un ilk görüşüne göre yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Muhammed (rh.a.)'in görüşü de budur. Nüshalar farklı olduğu için Muhammed (rh.a.)'in görüşü anlaşılamamıştır.

Ebû Yusuf'un son görüşünün dayanağı şöyledir: Önceki tarihi iddia eden kimse mülkiyet hakkını, başka bir kimsenin anlaşmazlığı bulunmayan bir tarihte ispat etmiştir. Ayrıca o maldaki mülkiyet hakkı sadece onun tarafından olan bir nedenle sabit olmuştur. Diğeri ise kendi yönünden bir mülkiyet nedeni iddia etmemektedir.

Bu şuna benzer: İki kişi bir malı farklı kimselerden veya aynı kimseden satın alarak malik olduklarını iddia etseler ve tarih belirtseler, birinin belirttiği tarih daha önce ise o, öncelikli tarih belirtenin olur. Bu da böyle olmalıdır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşünün dayanağı ise şudur: Tarih mülkiyet nedeni değildir. Dolayısıyla tarihin belirtilip belirtilmemesi eşittir. Diğer yandan dâvacılardan her biri mirasçısı olduğu kimsenin mülkiyet hakkını ispat etmek konusunda dâvada onun adına taraftır. Miras bırakanların mülkiyet hakkında ise tarih söz konusu değildir. Bundan dolayı köleye yarı yarıya sahip olduklarına hükmedilir. Bu nedenle mirasçılar, miras bırakanların mülkiyet hakkını kazandıkları tarihi belirtseler ve dâvacılardan birinin tarihi daha önce olsa o diğerinden öncelikli olur. Hişam, Nevâdir'inde Muhammed (rh.a.)'den böyle nakletmiştir.

Satım meselesine gelince *el-İmla*'da Muhammed (rh.a.)'den şöyle nakledilmiştir: Satın aldığını iddia eden dâvacılar, satıcıların mülkiyet hakkını kazandıkları tarihi belirtmemişlerse, malın yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Bu rivayete göre iki mesele arasında fark yoktur.

Zâhirü'r-rivâye'ye göre ise aralarındaki fark şöyledir: Satın alanın mülkiyet hakkı, satıcının mülkiyet hakkına dayalı değildir. Alıcı yeni bir nedenle yeni bir mülkiyet hakkına sahip olmaktadır. Yeni neden de satın almadır. Dolayısıyla hangisi daha önceki tarihi belirtmişse, yeni mülkiyet hakkını, başkasının anlaşmazlığı olmayan bir tarihte ispat etmiştir. Dolayısıyla o, öncelikli olur. Mirasçıların mülkiyet hakkı ise miras bırakanların mülkiyet hakkına dayanır. Çünkü mirasçılık, miras bırakanın yerine geçmek demektir. Miras bırakanların mülkiyet hakkında ise tarih yoktur. Bundan dolayı iki dâvacı bir birine eşittir.

[17/44] Bir kimse babasının bir yıl önce öldüğüne ve başka birisinin elindeki köleyi kendisine miras bıraktığına delil getirse, zilyet de babasının bir yıl önce öldüğüne ve köleyi kendisine miras bıraktığına delil getirse veya her ikisi de tarih belirtmeseler, ya da bir yıldan kısa bir süre belirtseler, kölenin zilyet olmayan kimseye ait olduğuna hükmedilir.

Zilyedin tanıkları, zilyet olmayan kimsenin tanıklarından daha sonraki bir tarihi belirtmişlerse veya hiç tarih belirtmemişlerse hükmün böyle olduğunda şüphe yoktur. Çünkü zilyet olmayan, zilyedin dâvacı olmadığı bir tarihte mülkiyet hakkına sahip olduğunu ispatlamıştır.

Zilyedin tanıkları da zilyet olmayanın tanıklarının belirttiği tarihi belirtmişlerse, iki delil birbirine denk olur. Kuralımıza göre mülkiyet dâvasında eşit olsalar bile, zilyet olmayan kimsenin getirdiği delil, zilyedin getirdiğine tercih edilir. Bu durumda dâvacıların tarih belirtmesinin hiçbir yararı olmamıştır. Dolayısıyla hiç tarih belirtmemiş gibi kabul edilirler.

Zilyedin tanıkları iki yıl önceki bir tarihi belirtmişlerse, Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre köle zilyede ait olur. Muhammed (rh.a.)'in görüşü de böyledir. Ebû Yusuf'un ilk görüşüne göre ise köle dâvacıya aittir. Bu görüş ayrılığının temelinde de birinci meseledeki görüş ayrılığı vardır. O meselede Ebû Yusuf'a göre tarihe bakılmayacağını ve dâvacıların tarih belirtmemiş gibi olduklarını ifade etmiştik. Bu mesele de böyledir. Dolayısıyla zilyet olmayan kimsenin lehine hükmedilir.

Ebû Yusuf'un son görüşüne göre ise, önceki tarihi iddia eden dâvacı, başkasının anlaşmazlığı olmayan bir tarihte mülkiyet hakkını ispat etmiştir. Dolayısıyla ister zilyet olsun, ister olmasın o önceliklidir. Çünkü zilyetlik her ne kadar mülkiyet hakkını gösteriyorsa da, tarihte önceliği göstermez. Bundan dolayı zilyedin hayvanın karnındaki yavru konusunda getirdiği delil gibi, tarih konusunda

getirdiği delili de kabul etmek gerekir. Delilini kabul etmek gerekince ve belirttiği tarih daha önce olunca o, köleye sahip olmaya diğerinden daha öncelikli olur.

İbn Semaa (rh.a.), *Nevâdir*'inde şöyle rivayet etmiştir: Muhammed (rh.a.) Rakka kadılığından ayrıldıktan sonra bu görüşünden dönmüş ve "Hayvan yavrusu ve onun hükmünde olan şeyler dışında, ne tarih konusunda, ne de diğer konularda zilyedin getirdiği delili kabul etmem" demiştir. Çünkü tarih, mülkiyet hakkının önceliğine neden olmaz. Hayvan yavrusu ise böyle değildir.

Bir kimsenin elinde bir arazi olsa, başka birisi "Babam bu arazinin zilyedi iken öldü. Babamın benden başka bir mirasçısını bilmiyoruz" diye iddia edip delil getirse, üçüncü bir kimse de babasının öldüğünü ve bu araziyi kendisine miras bıraktığını ve babasının başka bir mirasçısı olduğunu bilmediklerini iddia edip delil getirse, hakim arazinin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmeder.

Çünkü birinci dâvacının tanıklarının, "Bu kimsenin babası bu arazinin zilyedi iken ölmüştür" diye tanıklık etmeleri ile diğerinin tanıklarının "Bu kimsenin babası öldü. Bu araziyi miras olarak bıraktı" diye tanıklık etmeleri arasında bir fark yoktur. Çünkü onlar, ölen kimsenin, türü bilinmeyen bir zilyetliği olduğuna tanıklık etmişlerdir. Ölüm sırasında türü bilinmeyen bir zilyetlik mülkiyet zilyetliği olarak kabul edilir. Bundan dolayı elinde emanet mal olan kimse (muda'), malın emanet olduğu bilinmeksizin ölse, ona sahip olur. Ödeme yükümlüsü olur. Mülkiyet ölüm sırasında sabit olunca, mirasçılara geçer. Dolayısıyla bu tanıklık ile ölenin miras olarak bıraktığına tanıklık edilmesi arasında fark yoktur.

Yine dâvacılardan birisi, babasının öldüğüne ve bu araziyi kendisine miras olarak bıraktığına delil getirse, diğer dâvacı da arazinin kendisine ait olduğuna delil getirse, hakim arazinin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmeder. Çünkü mirasçı, miras bırakan kimse adına dâvada taraf olur. Dolayısıyla miras bırakan hayatta ve mülkiyet hakkı iddia ediyor olarak, diğer dâvacı da kendi adına mülkiyet hakkı iddia ediyor olarak kabul edilir. Birbirine eşit olurlar. Bu nedenle dâva konusu mal, yarı yarıya ikisine ait olur.

Dâvacılardan birisi babasının öldüğüne ve o araziyi kendisine miras bıraktığına delil getirse, diğer dâvacı da araziyi, miras iddia eden dâvacının babasından yüz dirheme satın aldığına ve bedeli ödediğine delil getirseler hakim, satın aldığını iddia edenin alıcının lehine hüküm verir.

Çünkü mirasçı, satım akdinin gerçekleşmesi konusunda miras bırakan adına **[17/45]**
dâvada taraftır. Ölenin, hayatta iken sattığı sabit olan bir şey ise ölümünden sonra mirasçılarına kalmaz. Mirasçı, ölen kimsenin öldüğü sırada var olan mülklerine mirasçı olabilir. Dolayısıyla satın aldığını iddia eden dâvacının delili, miras iddia eden dâvacının delilini çürütür. O, arazi üzerindeki mülkiyet hakkında diğerinden öncelikli olur.

Diğer dâvacı, "Bu araziyi ölen kimseden sadaka" veya "bağış olarak aldım" diye iddia edip delil getirse, yine böyledir. Çünkü dâvacı, ölen kimse henüz hayatta iken bu malı onun mülkünden çıkardığını ispat etmiştir.

Diğer dâvacı "Bunun babası, benim annemle bu arazi karşılığında evlendi. Annem öldü. Bu araziyi bana miras olarak bıraktı", iddiasında bulunup delil getirse hüküm yine aynıdır.

Çünkü o, annesi adına dâvada taraf olmuş ve üvey babası hayatta iken, annesinin bu arazi üzerindeki mülkiyet hakkı kazanma nedenini ispat etmiştir. Bu neden evliliktir. Dolayısıyla bu arazinin ilk dâvacıya babasından miras olarak kalması düşünülemez. Çünkü babası hayatta iken arazinin mülkünden çıktığı sabit olmuştur.

Dâvacı, arazinin kendisine ait olduğunu iddia etse, iki tanık da arazinin babasına ait olduğuna tanıklık etseler, fakat babasının öldüğüne ve miras bıraktığına tanıklık etmeseler, hakim arazinin dâvacıya ait olduğuna hükmetmez.

Çünkü dâva ile tanıklığın konusu ayrıdır. Çünkü dâvacı, mülkiyet hakkının kendisine ait olduğunu iddia etmiş, tanıklar ise babasının mülkiyet hakkına tanıklık etmişlerdir. Bu söz, babanın hayatta olmasını gerektirir. Çünkü ölü, mülk sahibi olamaz. Dâvacının ise babası hayatta iken onun mülkünde hakkı olmaz. Babası ölmüş ise tanıklar, hakimin bildiği bir mülkiyete tanıklık etmiş olurlar. Tanıklıkları bu nedenle kabul edilmez.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre tanıklar, babası öldüğü zaman arazinin babasına ait olduğuna tanıklık etseler, hüküm yine böyledir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşü de böyleydi. Sonra bu görüşünden döndü ve "Tanıklıkları kabul edilir" dedi. Çünkü dâvacının babasının araziye geçmiş zamanda malik olduğunu ispat etmişlerdir. Sabit olduğu bilinen şeyin yok olma nedeni bilinmediği sürece devam etmesi asıldır. Mülkiyetin yok olması için de ölümden başka bir neden ortaya çıkmamıştır. Ölüm ise mülkiyeti mirasçıya geçirir. Dolayısıyla mülkiyet tanıklığı, bu açıdan dâvacının lehine yapılmış olur. Tanıkların açıkça ifade etmeleri durumunda olduğu gibi, bu durumda da tanıklığın kabul edilmesi gerekir. Çünkü bir sözün doğru anlaşılmasına yönelik olan konuda, sözün gereği (muktezası) olarak sabit olan şey, açıkça ifade edilmiş gibi kabul edilir. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Zilyet, arazinin dâvacının babasına ait olduğunu ikrar etse veya bu ikrarı, getirilen delil ile sabit olsa, araziyi dâvacıya teslim etmesi emredilir. Getirilen delil ile sabit olunca da böyle olmalıdır.

Muhammed ve Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünün dayanağı şudur: Tanıklar, yok olduğunu hakimin bildiği bir mülkiyete tanıklık etmişler, yok olma nedenini de açıklamamışlardır. Bu nedenle tanıklıkları kabul edilmez. Bu, dâvacının "Ben şu malı aldım" diye iddia edip, tanıkların "Bu mal satıcıya aitti" diye tanıklık etmesine benzer. Çünkü hakim, o durumda babanın mülkiyet hakkının sona erdiği bilgisine

dayanarak oglun mülkiyet hakkının sabit olduğuna hükmedemez. Dâvacının mülkiyet hakkına hükmetmesi de mümkün değildir. Çünkü dâvacının, mirasçılık yoluyla babasının yerine geçmesi, mülkiyet hakkının baştan sabit olması anlamında değil, baba için sabit olan hakkın mirasçı için de devam etmesi anlamındadır. Diğer yandan ölüm sırasında babanın mülkiyet hakkının bulunması, malın mirasçıya geçmesinin koşuludur. Biz daha önce, koşulun görünüşe göre değil, açık ifade ile sabit olacağını açıklamıştık. Dolayısıyla tanıklar, malın miras olarak geçtiğini açıkça ifade ettikleri zaman, koşulla sabit olur. Açıkça ifade etmezlerse koşul gerçekleşmez. Ölen kimsenin hayatta iken bir şeye sahip olması, öldüğü zaman da o şeye sahip olduğunu göstermez. Zilyedin ikrar etmesi durumunda ise böyle değildir. Çünkü ikrar, hakkı doğrudan kendisi gerekli kılar. "Dâvacının dün zilyet olduğu" meselesinde aradaki farkı açıklamıştık. Burada da böyle olmalıdır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görünüşüne göre ise, dâvacı mirasçıların kaç kişi olduğuna delil getirmediği sürece, hakimin hükmü geçerli olmaz. Çünkü mirasçılar birden çok olabilir. Bu durumda bazı mirasçılar miras payını alamayacaktır. **[17/46]**

Dâvacı, babasının öldüğüne ve araziyi miras olarak bıraktığına delil getirse, fakat tanıklar kimlerin mirasçı olduğunu bilmeseler, hakim dâvacıya şöyle der: "Bu delil ile falanca kimsenin bu araziye ölüm sırasında sahip olduğu sabit oldu. Bu, arazinin mülkiyetinin mirasçılara geçmesini gerektirir. Fakat sizin, ölenin mirasçısı olduğunuz benim katımda sabit olmadı. Ölen kimsenin çocukları olduğunuza ve sizden başka mirasçısı bulunmadığına delil getiriniz"

Buna delili getirirlerse hakim, arazinin onlara ait olduğuna hükmeder. Dâvacılar, miras bırakanın kendilerinden başka bir mirasçısı olmadığına delil getiremezlerse, hakim bir süre bekler. Sonra arazinin onlara ait olduğuna hükmeder. Çünkü onların mirasçı oldukları sabit olmuştur. Ancak başkasının mirasta payının bulunması mümkündür. Hakim yanlışlık yapmamak ve verdiği hükmü bozmaya ihtiyaç duymamak için bir süre bekler.

Muhammed (rh.a.) *el-Asl*'da hakimin bekleme süresini açıklamamıştır. Bu, hakimin uygun gördüğü bir süre olur. Çünkü bu süre, ölenin tanınan veya tanınmayan bir kimse olmasına ve mirasçıların başka bir beldede bulunup bulunmamasına göre değişir. Tahâvî bekleme süresinin bir yıl olduğunu söylemiştir. Çünkü beklemekten maksat, sonra gelecek olan ortada olmayan mirasçıya mazeret bırakmamaktır. Bir yıl ise mazeretin kalmaması için uygun bir süredir. Bir şair, şöyle demiştir.

"Bir yıla kadar. Sonra size selam olsun. Tam bir yıl ağlayan mazurdur"[26]

Bu süre, iktidarsız kimseye (innîne) tanınan süre gibidir. Hakim araziyi onlara vermesi karşılığında onlardan bir kefil ister. Bu, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in

---

إلى الحول ـ ـ ـ ـ ـ ومَنْ شك حولا كاملًا فقد اعْتَذر

görüşüdür. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise kefil istemez. Muhammed (rh.a.) *el-Camiu's-sağir*'de, "Bu hakimlerin tedbirlilik için yaptıkları bir şeydir. Zulümdür" diyerek, Ebû Hanîfe'nin görüşünü nakletmiştir.

Muhammed ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşlerinin dayanağı şöyledir. Hakim kendi yararını düşünemeyen herkesin yararını düşünmekle görevlidir. Ölen kimsenin alacaklısı veya başka bir beldede bulunan mirasçısı bulunabilir. Hakim, hazır bulunan kimseye verdiği mal karşılığında ondan kefil istemezse, başka beldede bulunan mirasçının hakkı elden çıkar. Dolayısıyla kefil istemekle orada olmayan mirasçının hakkı gözetilmiş olur. Hazır bulunan kimsenin ise bunda bir zararı yoktur. Bu, kaçak köle ve yitik mal gibidir. Hakim yitik malı, sahibi olduğunu ispat eden kimseye verince, aynı gerekçe ile ondan kefil ister. Ayrıca hakim kendi verdiği hükmü korumakla yükümlüdür. Bu koruma da kefil istemekle sağlanabilir. Böylece ölen kimsenin bir alacaklısı veya mirasçısı geldiği zaman, onu hakkına ulaştırmaktan âciz olmaz.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: Hazır bulunan mirasçının hakkının sabit olduğu bilinmektedir. Ortada olmayan mirasçının ise hakkı var zannedilmektedir. Zannedilen şey, bilinen şeyin karşısında duramaz. Bu nedenle hakim, hazır bulunan mirasçının hakkını kefil getirinceye kadar geciktiremez. Mirasçı kefil bulamasa, hakim ona hakkını vermeyecek mi? Bu, hakimin yaptığı bir zulüm olur. Kaçak köle ve yitik mal konusunda söylenen Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin değil, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

Ayrıca hakim, kefil istese bilinmeyen bir şey için kefil istemiş olacaktır. Bilinmeyen bir şey için kefil istemek ise geçerli değildir. Hakimin kefili kendisi için istediği de söylenemez. Çünkü hakim dâvada taraf değildir. Ölen kimse için istediği de söylenemez. Çünkü ölenin hakkı, malını mirasçıya teslim etmektir. Hazır bulunan kimse ise ölenin mirasçılarını ispat etmiştir. Bu nedenle kefil istemekle uğraşmanın bir anlamı yoktur.

Dâvacı, "Bu arazi dedeme aitti. Bana miras bıraktı" diye iddia edip delil getirse, tanıklar bu kimsenin, dedesinin mirasçısı olduğuna ve dedesinin başka bir mirasçısı olduğunu bilmediklerine tanıklık etmedikleri sürece hakim, onun lehine hükmetmez. Tanıklar, dedenin öldüğüne ve araziyi oğluna miras olarak bıraktığına tanıklık etseler, dâvacının babasının, dedenin tek mirasçısı olduğuna ve başka bir mirasçı bilmediklerine tanıklık etmedikleri sürece veya dedenin öldüğüne ve araziyi dâvacının babasına miras bıraktığına, sonra babasının da öldüğüne ve araziyi dâvacıya miras bıraktığına ve babasının başka bir mirasçısı olduğunu bilmediklerine tanıklık etmedikleri sürece, hakim dâvacının lehine hükmetmez. Bu, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

[17/47]

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demiştir: Arazinin dedeye ait olduğuna hükmederim. Dedenin mirasçılarının sayısını kontrol etsinler diye araziyi iki âdil kimsenin eline veririm.

İbn Ebû Leyla (rh.a.)'nın görüşü de böyledir. Bu birinci mesele gibidir. Şöyle ki Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre delil getirilmesi suretinde olduğu gibi hüküm vermek gerekir. Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise mirası ona câiz görmemişlerdir. Çünkü mirasçı olduğu ve dedesinin mülkiyet hakkını ispatlamak konusunda dâvada taraf olduğu kesinlik kazanmamıştır.

Bir kimsenin elinde bir ev olsa, diğeri babasının öldüğüne ve o evi kendisine ve kardeşi falancaya miras olarak bıraktığına, babasının başka bir mirasçısı bulunmadığına, kardeşinin ortada olmadığına delil getirse, hakim dâvacının payını almasına hükmeder. Çünkü hakkını, delille ispatlamıştır. Ölenin mülkünü ispatlamak konusunda onun adına yetkilidir. Ortada olmayan kardeşin payı ise gelinceye kadar zilyedin elinde bırakılır. Bu, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüdür. Kıyasın gerektirdiği hüküm de budur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise zilyet inkar ediyorsa, hakim hazır olmayan kardeşin payını zilyedin elinden alır. Âdil bir kimsenin eline verir. Zilyet ikrar ediyorsa, hazır olmayan kardeşin payını onun elinde bırakır. İstihsanın gerektirdiği hüküm de budur.

İstihsanın dayanağı şöyledir: hakim ortada olmayan kimsenin yararını gözetmekle görevlidir. Zilyet ikrar ediyorsa hakim, evi zilyedin elinde bırakmakla ortada olmayan kimsenin yararını gözetmiş olur. Çünkü hakim katında zilyedin güvenilir bir kimse olduğu ortaya çıkmıştır. Zilyet inkar ediyorsa, evin zilyedin elinde bırakılması ortada olmayan kimsenin yararını gözetmek olmaz. Çünkü inkar etmekle zilyedin güvenilir bir kimse olmadığı ortaya çıkmıştır. Hakim ileride onun bu hakkı inkar etmeyeceğinden emin olamaz. Bu durumda ortada olmayan kimse beldesine dönünce, hakkını ondan alması mümkün olmaz. Çünkü her zaman delil bulunmayabilir. Dolayısıyla evin zilyedin elinden alınıp güvenilir bir kimseye verilmesi ile ortada olmayan kimsenin yararı gözetilmiş olur. Diğer yandan zilyet inkar ediyorsa, âdil olsun, olmasın ev üzerinde tasarruf etmekten kaçınmaz. Çünkü evin sahibi olduğunu iddia etmektedir. Âdil kimse, kendine göre evin sahibi olduğu için kullanım yapmaktan kaçınmaz. İkrar ediyorsa ev üzerinde kullanımda bulunmaktan kaçınır. Dolayısıyla evin onun elinde bırakılması câiz olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Hazır bulunan dâvacı, ortalıkta olmayan kardeşinin mülkünü teslim almak konusunda, onun adına hareket edemez. Dolayısıyla ortada olmayan kardeşin hakkı açısından, dâvacı olan kardeşin hazır bulunması ile ortada olmaması arasında fark yoktur. Hakim evin zilyedin elinde olduğunu bilmiştir. Hazır bulunan bir dâvacı olmadan, ev hakkında hüküm veremez. Çünkü evi, zilyedin elinden çıkaracak olsa, zilyet gibi olan veya ondan

daha az güvenilir birinin eline vermeye ihtiyaç duyacaktır. Diğer yandan zilyet, evi korumak konusunda ölen kimsenin seçtiği kimsedir. Hakimin evi, eline vereceği kimse ise, ölenin veya mirasçısının seçtiği kimse değildir. Dolayısıyla bu ikrara benzemiştir. Muhammed (rh.a.)'in söylediği korku da olmaz. Çünkü bu dâva, hakimin dosyasına kaydedilince, zilyedin inkar etmeyeceğinden emin olunur. Çünkü zilyet inkarına önem verilmeyeceğini bilir. Böylelikle zilyedin ev üzerinde kullanım yapamayacağından emin olunur. Çünkü zilyet, hakimin buna imkân tanımayacağını bilir. Başlangıçta (dâva olmadan önce) ise böyle değildir. Hakim dâva konusu malı zilyedin elinde bırakınca, taşınabilir mal ise zilyedin ödeme yükümlülüğündedir. Gasp ile ödeme yükümlülüğünün doğacağı görüşünde olan fakihlere göre taşınamaz malda da hüküm böyledir. Zilyet inkar edecek olursa, bütün fakihlere göre ödemeyle yükümlü olur. Hakim evi âdil bir kimseye verirse, âdil kimse emîn olur. Dolayısıyla ev zilyedin elinde bırakıldığı zaman ortada olmayan kimsenin yararı daha fazla düşünülmüş olur. Onun için zilyedin elinde bırakılır.

[17/48] Bazı Hanefi fakihlerimiz (rh.a.) (ortada olmayan kimse geldiği zaman ne yapması gerektiği konusunda) "Ortada olmayan kimse gelince, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüne göre kısas meselesine kıyasla yeniden delil getirmeye ihtiyaç duyar" demişlerdir. Doğru olan buna gerek olmadığıdır. Çünkü hazır olan mirasçı, getirdiği delille ölen kimsenin bütün ev üzerindeki mülkiyet hakkını ispat etmiştir. Çünkü mirasçılardan her biri lehine ve aleyhine olan dâvalarda ölen kimseyi temsil edebilir. Dolayısıyla kısas meselesinin aksine ikinci mirasçı delil getirmeye gerek duymaz. Çünkü kısas, öldürülen kimsenin ölümünden sonra mirasçı için sabit olan bir haktır. Bu açıdan kısasta, mirasçının hakkı miras bırakandan geçmeyip baştan sabit olmaktadır. Dolayısıyla ortada olmayan kimse beldesine döndüğü zaman hakkına yeniden delil getirmek durumundadır. Görmez misin hazır bulunan veli, getirdiği delil ile kıyastan payını alamamıştır. Burada (miras meselesinde) ise almıştır.

Bir kimse (amca) ile erkek kardeşinin oğlunun (yeğen) elinde bir ev olsa ve amca, babasının öldüğünü, evi miras bıraktığını ve başka bir mirasçısı olmadığını iddia etse, yeğen de babasının öldüğünü, evi miras bıraktığını ve başka bir mirasçısı olmadığını iddia etse ve her ikisi de delil getirse, evin her ikisine yarı yarıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü ikisi de miras bırakanı adına dâvada taraf olmuştur. Sanki miras bırakanlar hayatta ve kendi mülkiyet haklarını ispat etmiş gibi olurlar. Oğul ile baba mülkiyet dâvasında iki yabancı gibidir. Mülkiyet hakkını elde etme nedeninde eşit olunca, aralarında yarı yarıya hükmetmek gerekir.

Amca "Babam ve erkek kardeşim, bu eve yarı yarıya sahipti" dese, yeğeni de onu doğrulasa, sonra erkek kardeşinin babasından önce öldüğüne delil getirse, yeğeni de önce dedesinin, sonra babasının öldüğüne ve kendisinin babasına

mirasçı olduğuna delil getirse, amca ve yeğenden her birinin, babalarının sahip olduğu yarıya sahip olduğuna hükmedilir. Çünkü bu anlaşmazlığın anlamı şudur: Amca şöyle demektedir: Önce erkek kardeşim geride oğlunu ve babasını bırakarak öldü. Babanın payı altıda birdir. Geriye kalan oğla aittir. Sonra benim babam, bir oğul ve bir de torun bırakarak öldü. Dolayısıyla evin on iki payında yedisi bana aittir.

Yeğen ise şöyle demektedir: Önce dedem, geride iki oğul bırakarak öldü. Dolayısıyla onun payı oğulları arasında yarı yarıya taksim edildi. Sonra babam, bir oğul ve bir de erkek kardeş bırakarak öldü, onun payı da bana ait oldu. Bu da evin dörtte üçüdür.

Amca ile yeğen arasında böyle bir anlaşmazlık olup, miras bırakanların ölüm tarihlerini tespit etmek konusunda deliller birbiri ile çelişince, birini diğerine tercih etmek için bir yol da olmayınca, birlikte ölmüş gibi kabul edilirler. Çünkü delil olmadan ölüm tarihini ve sırasını tespit etmek mümkün değildir. Birlikte ölmeleri durumunda ise, ölenler birbirine mirasçı olmaz. Çünkü miras bırakanın ölmesinden sonra, mirasçının hayatta kalması, mülkünde yerine geçmeyi ispat etmek için koşuldur. Dolayısıyla her birinin payı hayatta olan mirasçısına ait olur. Bundan dolayı evin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilmiştir. Allah doğruyu daha iyi bilir.

ZİMMET EHLİNİN MİRAS KONUSUNDAKİ TANIKLIĞI

Ölenin geride Müslüman ve gayri müslim iki oğul bırakması

Bir kimse ölse, biri Müslüman, diğeri gayri müslim iki oğul bıraksa, oğullardan her biri babalarının kendi dini üzere öldüğünü, mirasın kendine ait olduğunu iddia etse, Müslümanın sözü kabul edilir.

Çünkü o dinî bir şeyi, yani babasının cenaze namazının kılınmasının, Müslüman mezarlığına gömülmesinin farz olduğunu kendisine hayır dua edilmesinin gerektiğini haber vermektedir. Dinî konularda bir kişinin verdiği haber, Resûlüllah (s.a.v.)'dan bir hadis rivayet etmekte olduğu gibi, delildir. Biz, o kimsenin cenaze namazını kılınca Müslüman olarak öldüğüne hükmetmiş oluruz. Bu da mirasının kâfir oğluna ait olmasına engeldir. Müslüman oğlun mirasçı olduğuna hükmettik. Bu neden ile Müslüman oğlun verdiği haberin doğruluk payı daha yüksek olunca bu, görünürün onun lehine tanıklık etmesi hükmünde oldu. Dolayısıyla dâvadaki diğer tarafın iddiasına karşın, yemin ettirilerek sözü kabul edilir. Fakat birisi iddia ettiği şeye delil getirirse, delilinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü o, getirdiği delil ile dâvasını aydınlatmıştır. Görünüş, bir kimsenin lehine tanıklık etsin, etmesin âdil delile denk olamaz.

[17/49]

Müslümanın ve kâfirin delil getirmesinde tercih

Her ikisi de delil getirirse, biz Hanefîlere göre Müslümanın delili kabul edilir.

Şâfiî (rh.a.) delillerin, denk oldukları için birbirini düşüreceğini söylemiştir. Nitekim onun kuralı budur. Çünkü her ikisi de mallarına malik olmak konusunda ölenin yerine geçtiğini iddia etmektedir. Mülkiyet dâvasında ise din, delillerden birinin tercih edilmesine neden olmaz.

Nitekim bir kâfir ve bir Müslüman, üçüncü bir kimsenin elinde olan bir mal hakkında mülkiyet iddia etseler, her biri dâvasına delil getirse, Müslüman tercih edilmez.

Bizim delilimiz şudur: Delillerden birisi, ölenin Müslüman olarak, diğeri ise kâfir olarak ölmesini gerektirir. Dolayısıyla Müslüman olarak ölmesini gerektiren delil tercih edilir. Nitekim biri kâfir, diğeri Müslüman bir ana-babadan bir çocuk doğsa Peygamber (s.a.v.)'in

الإسلام يعلو ولا يعلى عليه

"İslam yücedir. Hiçbir şey İslam'dan yüce olamaz"[27] hadisiyle uygulama yaparak çocuk Müslüman kabul edilir.

Ayrıca bu kimsenin namazının kılınması farz olur. Çünkü bu, bir kişinin verdiği bir haberle sabit olmuştur. Öyle olunca delille sabit olması daha önceliklidir. İki tarafın delilleri arasında denklik olunca babasının Müslüman olduğunu iddia eden oğlun haberi, o kimsenin cenaze namazının kılınması konusunda delil olarak kalır. Bu da Müslümanın delilinin tercih edilmesini ve ölen kimsenin malına mirasçı olmak konusunda kâfirin anlaşmazlığının sona ermesini gerektirir.

Şöyle bir itiraz olabilir: Sizin kuralınıza göre hangi delilin ispat ettiği şey daha fazla ise ve hangisine daha fazla ihtiyaç varsa o delil tercih edilir. Kâfirin getirdiği delilde ispat edilen şey daha fazladır. Çünkü Müslüman, asla tutunmaktadır. Bu asıl, görünüşe göre, İslam ülkesinde yaşayan kimsenin Müslüman olduğudur. Bu konuda delil getirmeye ihtiyaç yoktur. Çünkü biz onun sözünü kabul ederiz. Bundan dolayı kâfirin delilinin tercih edilmesi gerekir.

Bu itiraza biz şöyle cevap veririz: Bu mesele, babanın aslında kâfir olması ile ilgilidir. Çünkü mirasçılarından birisi küfürde devam etmiş, diğeri Müslüman olmuştur. Babanın, baştan Müslüman olması durumunda ise böyle olmaz. Çünkü bu durumda, baba sonradan kâfir olsa dinden çıkmış (mürted) olur. Aslında kâfir olduğuna göre, kâfirin lehine tanıklık edenler asıla tutunmuş oluyorlar. Müslümanın lehine tanıklık edenler ise sonradan olan Müslümanlığını ispat ediyorlar. Dolayısıyla Müslümanın delili ile daha fazla şey ispatlanmış olmaktadır. Biz, delil olmaması durumunda Müslümanın sözünü, asıla tutunduğumuz için değil, dînî bir konuyu haber verdiği için kabul ettik.

---

[27] Buhârî, Cenâiz 79; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/205; Dârekutnî, *Sünen*, III/252; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, III/200.

Zimmet ehlinden olan bir kimsenin tanıkları, iki Müslüman olsa, Müslümanın tanıkları da iki zimmî olsa, yine Müslümanın lehine hükmederim. Çünkü her iki taraf da diğer tarafa karşı delil olan bir şey getirmiştir. Bu, her iki tanık grubunun da Müslüman olması gibidir.

Zimmîlerin Müslüman lehine veya birbirleri lehine tanıklıkları

Bu meseleler şu sözümüze dayalıdır: Zimmet ehlinin birbirine karşı tanıklıkları kabul edilir. Müslümana karşı tanıklıkları ise kabul edilmez. Burada velayet dikkate alınmıştır. (Zimmet ehli ile Müslümanlar birbirlerinin velisi değillerdir)

İbn Ebû Leyla (rh.a.)'ya göre dinleri aynı olduğu zaman böyledir. Dinleri farklı olduğu zaman ise birbirlerine karşı olan tanıklıkları da kabul edilmez. Çünkü İbn Ebû Leyla'ya göre onlar, farklı dinlere mensupturlar. Dinlerinin farklılığı ile ise aralarındaki velayet kalkar. [17/50]

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise zimmet ehlinin birbirine karşı tanıklık etme yetkileri yoktur. Çünkü (tanıklığın kabul edilmesi konusunda) kölelikten ve küçüklükten daha fazla etkisi olan küfür eksiklikleri vardır. Bu tanıklık meselesidir.

İki oğuldan birisi "Ben Müslümandım. Babam da Müslümandı" dese, diğer oğul "Doğru söyledin, babam hayatta iken ben de Müslümandım" dese ve kardeşi onu yalanlayıp "Sen babamın ölümünden sonra Müslüman oldun" dese, miras baba hayatta iken Müslüman olduğunda ittifak ettikleri oğla aittir.

Çünkü diğer oğul, baba hayatta iken mirastan nasipsiz olma nedeni olan küfrünü ikrar etmiş, sonra bu nasipsizliği ortadan kaldıran bir şeyi yani babasının ölümünden önce Müslüman olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla bu konuda delili olmadan doğrulanmaz. Çünkü Müslümanlığı sonradan olmuştur. Sonradan olan şeyler ise şimdiki zamana en yakın zaman diliminde meydana gelmiş kabul edilirler. Daha önceki bir tarihi iddia eden kimse, bunu delil getirerek ispatlamak durumundadır.

Bu gibi meselelerde kural şudur: Bir hakkı elde etme nedeni her iki tarafın ittifakıyla sabit olup, taraflardan birisi bunu ortadan kaldıran şeyi iddia etse, diğeri inkar etse, inkar edenin sözü kabul edilir. Yoksun olma nedenini ikrar edip sonra bu nedenin sonradan olmuş bir şeyle ortadan kalktığını iddia etse, delil getirmedikçe sözü kabul edilmez. Dâvadaki diğer tarafın sözü kabul edilir. Bir kimse bir haktan yoksun olma nedeni şimdiki durumda varken bu hakkı elde etme nedenini iddia etse, delil olmadan hak elde edemez. Dâvadaki diğer tarafın sözü kabul edilir.

Örneğin, bir kimse dinden çıkmış (mürted) olarak gelip Müslüman babasının mirasını istese, babasının ölümünden sonra dinden çıktığını iddia etse, sözü kabul edilmez. Çünkü mirastan yoksun olma nedeni olan dinden çıkma durumu şimdiki zamanda vardır. Geçmiş zamanda bir anlaşmazlık/karışıklık olursa, şimdiki zaman hakem kılınır. Örneğin; bir değirmeni kiralayan kimse değirmen sahibi ile suyun kira süresi içinde akıp akmadığında anlaşmazlığa düşse, su o sırada akıyorsa suyun

geçmişte de aktığını iddia eden kimsenin (değirmen sahibinin) sözü kabul edilir. O sırada akmıyorsa, suyun geçmiş zamanda da akmadığını iddia edenin (kiracının) sözü kabul edilir.

"Oğul, dâva sırasında Müslüman ise geçmişte de Müslüman olarak kabul edilmesi, babasına mirasçı olması gerekirdi." şeklinde bir itiraz gelirse; şöyle cevap veririz: Burada birbirine denk iki görünüş vardır. Şöyle ki bir kimsenin geçmişte kâfir olduğu sabit olunca, Müslüman olduğu ortaya çıkıncaya kadar, görünüşe göre kâfirliği, devam eder. Bir kimsenin, ölen kimseye mirasçı olması için, onunla aynı dinde olması koşuldur. Koşul ise görünüş ile değil, açık ifade ile sabit olur. Çünkü miras hakkı, koşul gerçekleştiği zaman sabit olur. Görünüş ise miras hakkını ispat etmek konusunda değil, ortadan kaldırmak konusunda delildir.

Görmez misin zilyet, elinde olan mal üzerinde var olan durum (görünüş) ile hak sahibi olmaktadır. Başkasının elinde olan fazlalıklarda ise var olan durum ile hak sahibi olmaz.

Yine oğullar köle iken, özgür oldukları konusunda anlaşmazlığa düşseler, baba hayatta iken özgür olduğunda ittifak ettikleri oğul mirasçı olur. Çünkü diğerinin köleliği sabit olduktan sonra, özgür olması sonradan olan bir şeydir. Nitekim bunu açıkladık.

Zimmet ehlinden (gayri müslim vatandaşlardan) olan birinin elinde bir ev olsa, bir Müslüman, babasının öldüğüne, o evi kendisine miras olarak bıraktığına ve babasının başka bir mirasçısı olmadığına zimmet ehlinden iki tanık getirse, bir zimmî de aynı konuda zimmet ehlinden iki tanık getirse, evin Müslümana ait olduğuna hükmedilir. Çünkü Müslüman, hem zilyede, hem diğer dâvacı olan zimmîye karşı delil olan bir şey getirmiştir. Zimmî ise zilyede karşı delil olan, diğer dâvacı olan Müslümana karşı delil olmayan bir şey getirmiştir. Dolayısıyla iki delil arasında denklik yoktur. Müslüman hakkında zimmî hiç delil getirmemiş gibi
[17/51] olmuştur. Bundan dolayı Müslümanın lehine hükmedilir. Zimmî delil olarak iki Müslüman tanık getirmişse, ev ikisi arasında yarı yarıyadır. Çünkü her iki dâvacı da hem zilyede, hem de diğer dâvacıya karşı delil olan bir şey getirmiş ve birbirine eşit olmuşlardır. Bu nedenle, ev aralarında yarı yarıya hükmedilir.

Şöyle bir itiraz gelirse: Zimmînin evin bütününde hak sahibi olması, iki Müslümanın tanıklığı ile sabit olmuştur. Evin yarısında elde edilen hak geçersiz olacaksa, zimmet ehlinin tanıklığı ile sabit olan hakkın yarısı geçersiz olur. İki Müslümanın tanıklığı ile elde edilen hakkın ise zimmet ehlinden olan iki tanığın tanıklığı ile iptal edilmesi câiz olmaz.

Biz bu itiraza şöyle cevap veririz: Biz elde edilen haklardan hiçbirini geçersiz kılmıyoruz. Her iki taraf da tanıklarının tanıklık ettiği gibi, evin bütünü üzerinde hak kazanırlar. Fakat aralarında yarı yarıya hükmedilmesi dâva konusunun (evin) darlığından dolayıdır.

Diğer yandan bu itiraz, tanıkların dâvada taraf olması durumunda doğru olabilir. Fakat böyle değildir. Çünkü dâvanın tarafları tanık olamaz.

Ölenin dini konusunda oğluyla kardeşinin anlaşmazlığı

Bir Müslümanın elinde bir ev olsa ve "Babam Müslüman olarak öldü. Bu evi bana miras bıraktı" dese, ölenin Müslüman olmayan kardeşi de, "Kardeşim benim dinimde iken öldü" dese, oğlun sözü kabul edilir. Miras ona ait olur. Çünkü ölenin kâfir olduğunu iddia eden kimse, (erkek kardeş değil de) diğer oğul olsa, Müslüman olanın sözü kabul edilecektir. Erkek kardeşi olduğu zaman Müslüman olanın sözünün kabul edilmesi daha önceliklidir.

Ölenin kardeşi, Müslümanlığını iddia eden taraf olsa, oğlu da kâfir olup babasının kâfir olarak öldüğünü iddia etse, yine oğlun sözü kabul edilir. Çünkü erkek kardeş, oğulla mirastan yoksun bırakılır (hacbedilir). Dolayısıyla oğul varken erkek kardeş, yabancı bir kimse gibidir.

Şöyle bir itiraz olursa: Erkek kardeş, kardeşinin namazının kılınması gerektiğini haber vermiş olmuyor mu? Bu da dinî bir konudur. (Öyleyse onun sözü kabul edilmelidir.)

Buna şöyle cevap veririz: Erkek kardeş ölen kardeşinin mirasçılarından olmadığı zaman, bunu haber vermesi yabancı bir kimsenin haber vermesi gibidir. Dolayısıyla bu, onun mirasta hak sahibi olmasını gerektirmez.

Her ikisi de delil getirse, Müslüman oğlun delili kabul edilir. Çünkü bu delil, ölen kimsenin Müslüman olduğunu ispatlamaktadır.

Erkek kardeş, söylediğine zimmet ehlinden iki tanık getirse, oğul delil getirmese zimmet ehlinin Müslümanın aleyhine yaptıkları tanıklık geçerli kabul edilmez. Çünkü Müslümanın mirastaki hakkı, sözünün kabul edilmesi ile sabit olduktan sonra, erkek kardeş, getirdiği delil ile onun miras hakkını iptal etmektedir. Bir Müslümanın sabit olan bir hakkı konusunda zimmet ehlinin tanıklığı kabul edilmez.

Ölenin dini konusunda eşinin ve çocuklarının anlaşmazlığı

Ölen kimsenin Müslüman olan eşi, "Kocam Müslüman olarak öldü" dese, kâfir olan çocukları da "Hayır babamız kâfir olarak öldü" deseler, ölenin Müslüman olan erkek kardeşi de eşini doğrulasa, kadının ve erkek kardeşin mirasçı olduğuna hükmedilir.

Çünkü hiçbir mirasçı, kadını (eşi) hacbetmez (miras payını düşürmez). Dolayısıyla kadın her durumda mirasçıdır. Dolayısıyla bu, ölenin oğlunun babasının Müslüman olarak öldüğünü iddia etmesi hükmünde olur.

Eşinin sözüyle kocanın Müslüman olarak öldüğüne hükmedip onu mirasçı kılınca, kâfir çocuklar babalarına mirasçı olmazlar. Erkek kardeşi, miras payından düşüremezler. Dolayısıyla (ölenin eşi mirastan payını aldıktan sonra) geriye kalan mal erkek kardeşin olur. Erkek kardeş, ölenin eşi sayesinde mirasçı olmuştur. Çünkü o olmasaydı erkek kardeşin sözü kabul edilmeyecekti.

Yine bir kimse ölse, geride iki oğul, bir kız ve bir erkek kardeş bıraksa, Müslüman olan kız "Babam Müslüman olarak öldü" dese, Müslüman olan erkek kardeş de onu doğrulasa, oğul ise kâfir olsa ve "Babam kâfir olarak öldü" dese, kızı ile erkek kardeşi mirasçı olur. Çünkü kız, oğulla mirastan düşmez. Dolayısıyla babasının Müslüman olduğu iddiasında onun sözü tercih edilir. Erkek kardeş, ölenin kızı sayesinde mirasçı olur. Nitekim bunu açıkladık.

Ölen kimsenin, biri kâfir, diğeri Müslüman olan bir kızı ve bir erkek kardeşi olsa, onlardan Müslüman olanın sözü kabul edilir. Çünkü her biri diğeri ile birlikte mirasçıdır. Oğul ile erkek kardeş ise böyle değildir. Çünkü erkek kardeş, oğlun bulunmasıyla mirastan düşer. Sözü kabul edilmez.

Bütün bunlar Müslüman olan yakınının, ölenin önceden kâfir olduğunu ikrar
[17/52] etmediği takdirdedir. Bunu ikrar edip ölümünden önce Müslüman olduğunu iddia ederse delil getirmediği sürece doğrulanmaz. Çünkü ölenin sabit olan kâfirliği, onu kaldıracak bir şey ortaya çıkmadığı sürece devam eder. Bu ise, Müslüman olanın delilsiz sözüyle ortaya çıkmaz. Çünkü bu, Müslüman olan tarafın iddia ettiği sonradan olan bir şeydir. Dolayısıyla o, mirasçı olmaz.

Bir kimsenin eşi, kocasının ölümünden sonra, kocasının sağlıklı iken kendini bir talakla boşadığını iddia edip iddetinin sona erdiğini, sonra kocasının kendine yeniden döndüğünü iddia etse, diğer mirasçılar da onu yalanlasa, mirasçıların sözü kabul edilir.

Çünkü kadın, mirastan yoksun olması nedenini yani iddetinin[28] sona ermesiyle evlilik bağının ortadan kalktığını ikrar etmiş, sonra mirasta hak sahibi olması için sonradan olan bir neden iddia etmiştir. Dolayısıyla bu neden sırf kadının sözüyle sabit olmaz.

Mirasçılar, ölen kimsenin eşini boşadığını ve bekleme süresinin (iddetin) sona erdiğini iddia edip eşi bunu inkar edince, eşinin sözü kabul edilir. Çünkü mirasta hak sahibi olma nedeni mirasçıların ittifakıyla sabit olmuştur. Dolayısıyla mirasçılar kadının mirastan yoksun olma nedeninin gerçekleştiğini iddia etmekte, kadın ise bunu inkar etmektedir.

Muhammed (rh.a.), bu meseleyi daha önce geçen "Müslüman oğlun, babasının kâfir olduğunu ikrar etmemesi veya kâfir olduğunu ikrar etmekle beraber, öldüğü sırada Müslüman olduğunu iddia etmesi, meselesini açıklamak için anmıştır.

---

[28] **İddet / العدة**: Sahih veya fasit nikahla evlenilen yahut yanlışlıkla cinsel ilişki kurulan kadının, cinsel birliktelik veya sahih halvet durumlarından biri gerçekleştikten sonra fesh, infisah veya talak suretiyle boşanması veya sahih halvet durumu gerçekleşmeden kocasının ölümü nedeniyle yalnız kalması hallerinde başka birisiyle evlenebilmesi için beklemesi gereken belirli süreyi ifade eder.

Gayri müslim ana-baba ile Müslüman torunun anlaşmazlığı

Zimmet ehlinden olan bir karı-kocanın oğulları geride bir oğul bırakarak ölse, karı-koca, "Oğlumuz kâfir olarak öldü" dese, ölenin oğlu ise Müslüman olup, "Babam Müslüman olarak öldü" dese, oğlun sözü kabul edilir. Ana-babanın mirastan bir payı yoktur.

Çünkü oğul, ana-baba ile birlikte olunca mirastan yoksun olmaz. Bundan dolayı ölen kimsenin Müslümanlığı konusunda oğlunun sözü kabul edilir. Anlaşmazlık iki kişi (ölenin iki oğlu/ babası ile oğlu) arasında olduğu zaman da böyledir (Babanın Müslüman olduğunu iddia eden oğlun sözü kabul edilir). Nitekim bunu, daha önce açıklamıştık.

Bir kimse ölse ve birisinin elinde olan bir malı miras bıraksa, başka bir kimse de, ölenin oğlu ve mirasçısı olduğuna delil getirse, fakat tanıkları, ölenin başka bir mirasçısının olmadığına tanıklık etmeseler, zilyet ise, "Ölenin bundan başka bir oğlu daha vardır" veya "Ölenin bundan başka bir çocuğu daha olup olmadığını bilmiyorum" dese, hakim başka bir mirasçının ortaya çıkması ihtimaliyle bir süre bekler. Başka bir mirasçı ortaya çıkmazsa, mirasın ölenin oğluna ait olduğuna hükmeder. Çünkü mirasta hak sahibi olma nedeni, delil ile sabit olmuştur. Biz, onun ölene mirasçı olmakla mülkü konusunda onun yerine geçtiğini kesin olarak bildik. Bu nedenle malı, ona teslim eder. Ondan kefil isteyerek bulunması olası diğer mirasçıların hakkını güvenceye alır.

Hanefi fakihlerimizden (rh.a.) bir kısmı şöyle demiştir: Bu meselede hakimin kefil istemesi üç imamın ittifakıyladır. Daha önceki meselede ise Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü farklıdır. Çünkü burada tanıklar, başka bir mirasçının bulunmadığına tanıklık etmemişlerdir. Dolayısıyla durum tedbirlilik için kefil istemeyi gerektirmiştir.

Ancak doğru olan, daha önce açıkladığımız gibi, bu meselede de aynı görüş ayrılığının bulunduğudur. O meselede de hakimin bir süre beklemesi gerektiğini söylemiştik. Ebû Yusuf (rh.a.)'un bu süreyi bir ay olarak belirlediği rivayet edilmiştir. Çünkü bir aydan fazla olan süre vade (geciktirme) hükmündedir. Mirasçı, hakkının bu kadar geciktirilmesinden zarar görür. Bir aydan az olan sürede ise mirasçının zararı çok olmaz.

Oğul kâfir olsa ve "Babam kâfir olarak öldü" dese, hüküm yine böyledir. Başka birinin varlığıyla mirastan yoksun bırakılmayan herkes hakkında hüküm budur. Ölen kimseye yakınlığı sabit olup, tanıklar başka bir mirasçının olmadığına tanıklık etmeyince, hakim bir süre bekledikten sonra malın ona ait olduğuna hükmeder. Dâvacı, ölenin annesi veya kızı bile olsa, hakim bütün malın ona ait olduğuna hükmeder. Çünkü görünürde ölenin asabesi (baba tarafından akrabası) yoktur. Dolayısıyla farz (belirlenmiş pay) ve red (asabenin olmaması durumunda farz sahipleri payını aldıktan sonra geriye kalan malın da belirli pay sahiplerine verilmesi) yoluyla bütün miras ona ait olur.

Mirasçı olduğunu ispat eden kimse; dede, nine, erkek kardeş ve kız kardeş gibi, başka mirasçının bulunmasıyla mirastan yoksun olan kimselerden ise, mirasçıların kaç kişi olduğuna delil getirmedikçe veya tanıklar ölenin bundan başka bir mirasçısı olduğunu bilmediklerine tanıklık etmedikleri sürece, onlara mirastan hiçbir şey verilmez.

Çünkü erkek kardeşin mirasçı olma hakkını elde etmesi ölenin kelâle olması koşuluyla olur. Allahu Teâlâ, [17/53]

﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ﴾

Kelâlenin tanımı

"Eğer bir erkek veya kadının, ana babası ve çocukları bulunmadığı halde (kelale olarak) malı mirasçılara kalırsa ve bir erkek yahut bir kız kardeşi varsa, her birine altıda bir düşer" (en-Nisâ 4/12) buyurmuştur. Yine Allah (c.c.)

﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾

"Senden fetva isterler. De ki: *"Allah, babası ve çocuğu olmayan kimsenin mirası hakkındaki hükmü şöyle açıklıyor: Eğer çocuğu olmayan bir kimse ölür de onun bir kız kardeşi bulunursa, bıraktığının yarısı onundur. Kız kardeş ölüp çocuğu olmazsa erkek kardeş de ona mirasçı olur..."* (en-Nisa, 4/176) buyurmuştur.

Kelâle, çocuğu ve babası olmayan kimsedir. Dolayısıyla tanıkların açıkça belirtmesi ile bu koşul sabit olmadığı sürece, erkek kardeş mirasçı olamaz. Mirasçı olduğu sabit olmayınca da, mal ona teslim edilmez. Daha önceki mesele ise böyle değildir. Çünkü o nesebi nedeniyle mirasçıdır. Başka bir mirasçının bulunması ile mirastan yoksun olmaz.

Eğer denilirse ki: Tanıkların "Başka bir mirasçısı yoktur" veya "Başka bir mirasçısı olduğunu bilmiyoruz" demeleriyle bu kimsenin mirasta hak sahibi olması nasıl sabit olabilir? Bu tanıklık nefiy (bir şeyin olmadığı) için yapılmış bir tanıklıktır.

Biz de şöyle cevap veririz: Tanıklar "Başka bir mirasçısı yoktur" dedikleri zaman İbn Ebû Leyla (rh.a.)'ya göre bu tanıklık kabul edilmez. Çünkü hakim tanıkların kesin olmayan bir şey söylediklerini bilmektedir. Çünkü mirasçının olmadığını bilmelerinin hiçbir yolu yoktur.

Bize göre ise bu tanıklık kabul edilir. Çünkü âdeten insanlar, bu sözle "Başka bir mirasçısı olduğunu bilmiyoruz" demeyi kastederler. Bu, mirasçı olmanın koşulunu ispatlamaya yönelik bir tanıklıktır. Ancak koşul nefiydir (olmadığını söylemektir). Koşulun, nefiy edici veya ispat edici bir delille ispatlanması câizdir. Bu bir kimsenin, kölesine "Bugün eve girmezsen özgürsün" demesi ve kölenin "O gün eve girmediğine delil getirmesi gibidir.

Karı ve kocadan biri mirasçı olduğunu ispat edip, ölenin başka bir mirasçısı olmadığı sabit olunca ise, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre onlara iki paydan en çoğu ile yani kocaya terikenin yarısı ile kadına dörtte biri ile hükmedilir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise paylarının en azı ile yani kocaya dörtte bir ile, kadına sekiz de biri ile hükmedilir. Ebû Yusuf şöyle demiştir: Kocanın ve eşinin iki paydan en çoğunu hak etmesi âyet ile çocuğun olmaması koşuluna bağlanmıştır. Allahu Teâla,

﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ﴾

"Eşlerinizin eğer çocukları yoksa bıraktıklarının yarısı sizindir" (en-Nisâ 4/12) buyurmuştur. Biz koşulun görünüşe bakılarak değil, tanıkların açık ifadeleriyle sabit olacağını daha önce açıklamıştık. Koşul bulunmayınca ancak kesin olarak bilinen şey ile hükmedilir. Diğer yandan mirasçı olma hakkının sabit olması konusunda, evlilik ilişkisi kardeşlik ilişkisinden daha zayıftır. Çünkü kardeşlik ilişkisi ile bütün miras üzerinde hak elde edilir. Evlilik ilişkisi ile ise hiçbir zaman bütün mal hak edilmez. Kardeş başka bir mirasçı bulunmadığına delil getirmedikçe mirastan hiçbir şey hak edemez. Çünkü mirasta hakkı bulunduğu kesin olarak bilinmemektedir. Hak sahibi olduğu kesin olarak bilinmeyen kısımda eşler de malın bütününde veya bir kısmında kardeş gibi olmalıdır.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in ise bu konuda delilleri şudur: Mirasçı olma nedenini, başkası ile mirastan yoksun olmayan bir kimse ispatlamıştır. Bundan dolayı bir süre beklendikten sonra, baba ve oğul gibi, malın tamamına sahip olur. Çünkü kocanın veya eşinin, iki payın en çok olanından yoksun olmaları, kendilerini hacbeden (miras payının bir kısmını almalarına engel olan) oğul nedeniyledir. Bu engelin olduğu ise açık değildir. Dolayısıyla eş, ispat ettiği neden ile mirasta hak sahibi olur. Koca dörtte birin üzerindeki miktara mirasçı olmak konusunda, altıda birin üzerindeki miktara mirasçı olmak konusundaki ana-baba gibi olur. Her ikisinin de bu miktara mirasçı olması çocuğun bulunmaması koşuluna bağlıdır. Allahu Teâlâ,

﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس ﴾

"Ölenin çocuğu varsa, ana-babasından her birinin mirastan altıda bir payı vardır" (en-Nisâ 4/11) buyurmuştur.

Bu meselede ana-babanın bütün mala mirasçı olduğuna hükmedilmektedir. Çünkü mirasçı olmalarının engeli (çocuğun bulunması) görünürde sabit değildir. Karı-koca meselesinde de böyle olmalıdır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'tan, kadına sekizde birin dörtte birinin (otuz ikide bir) verileceği de rivayet edilmiştir. Çünkü ölenin, bu eşinden başka üç eşi daha olabilir. Bu görüş pek kuvvetli değildir. Çünkü hanım (zevce) olmak, mirastan kesin olarak [17/54]

sekizde bir pay almak için tam bir nedendir. Sekizde bir pay, birden çok olmaları durumunda hanımlar arasında paylaştırılır. Burada ise kadınla birlikte mirasçılık iddia eden başka bir eş yoktur. Hakkı sekizde birin altına nasıl düşürülebilir.

Hasan b. Ziyâd (rh.a.)'dan şöyle dediği rivayet edilmiştir: Ölenin eşinin dokuzda birin dörtte biri (otuz altıda bir) payı olduğuna hükmedilir. Kocanın ise beşte bir payı olduğuna hükmedilir. Çünkü kesin olarak bilinen, bu miktardır. Çünkü bir kimse, geride ana-babasını, iki kızını ve dört eşini bırakmış olabilir. Bu mesele Ali (r.a.)'ye minberde iken sorulan ve onun hiç düşünmeden "Kadının sekizde bir payı dokuzda bir olmuştur" diye cevapladığı "mesele-i minberiyye (minber meselesi)" diye bilinen meseledir.

Çünkü meselenin aslı yirmi dörtten gelir. Ölenin eşleri sekizde bir alır. Bu üç paydır. Ana-baba terikenin üçte birini alırlar. Bu sekiz paydır. İki kız terikenin üçte ikisini alır. Bu da on altı paydır. Dolayısıyla üç artık pay ortaya çıkar. Mesele yirmi yediden gelir. Kadınlar üç pay alır. Üç pay yirmi yedinin dokuzda biridir. Her bir kadının payı, sekizde birin dörtte biridir. Hakim her bir eşin bu miktarı alacağına hükmeder.

Koca tarafında kesin olan miktar beşte birdir. Çünkü ölen, geride ana-babasını, iki kızını ve kocasını bırakmış olabilir. Kocanın payı dörtte birdir. Ana-babanın payı üçte birdir. İki kızın payı üçte ikidir. Meselenin aslı on ikiden gelir. Üç artık pay ortaya çıkar. Dolayısıyla koca on beş paydan üç pay alır. Bu da beşte birdir.

Fakat Hasan b. Ziyâd (rh.a.)'ın bu görüşü kuvvetli değildir. Çünkü avlin (artık pay) dikkate alınması terikenin mirasçılara yetmemesinden dolayıdır. Koca veya eşinden başka bir mirasçı ortaya çıkmayınca böyle bir şey nasıl sabit olabilir. Olasılık taşıyan bir şey, kesin olarak bilinen şeyin karşısında duramaz.

Bu, doğru olan görüşün Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşü olduğunu gösterir. Allah daha iyi bilir.

DÂVADA VE DİĞER KONULARDA ZAMANLARIN FARKLILIĞI

[17/54] Bir kimse, diğer bir kimsenin elindeki evin iki yıldan beri sahibi olduğunu iddia edip delil getirse, zilyet de evin iki yıldan beri elinde olduğunu iddia edip delil getirse; fakat zilyedin tanıkları evin zilyede ait olduğuna tanıklık etmeseler, evin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Delil karşısında zilyetliğin durumu

Çünkü dâvacının tanıkları açık ifade ile evin ona ait olduğuna tanıklık etmişler, zilyedin tanıkları ise onun zilyetliğine tanıklık etmişlerdir. Zilyetlik ise emanet zilyetliği, ödeme sorumluluğunu gerektiren zilyetlik, mülkiyet zilyetliği gibi türlere ayrılır. Dolayısıyla zilyedin getirdiği delil, zilyet olmayan dâvacının getirdiği delile denk olamaz. Diğer yandan zilyedin, getirilen delil ile sabit olan zilyetliği

gözle görülerek sabit olmuş gibidir. Bu da, dâvacı (iki yıl önce değil de) yeni malik olduğunu iddia edip delil getirerek dâvasını ispat ettiği zaman onun mülkiyet hakkına hükmetmeye engel değildir. Tanıklar mülkiyet hakkını geçmiş bir tarihe dayandırdığı zaman da dâvacının mülkiyet hakkına engel olmamalıdır.

Bir kimse, birisinin elindeki hayvanın on yıldan beri kendine ait olduğunu iddia etse de hakim hayvanın yaşına baksa, üç yaşında olduğunu anlasa, dâvacının getirdiği delil geçersizdir.

Gerçeğe uymayan delilin durumu

Çünkü hakim tanıkların tanıklıkta gerçeği söylemediğini kesin olarak bilmiştir. Tanıklar, hayvanın olmadığı kesin olarak bilinen bir tarihte, o kimsenin hayvana malik olduğuna tanıklık etmişlerdir. Bir şey var olmadan o şeye malik olunamaz. Diğer yandan, hakimin, dâvacının mülkiyet hakkını yeni kazandığına da hükmedemez. Çünkü bu hüküm, tanıklığa ters düşer. Mülkiyetin dayandırıldığı tarihte malik olduğuna da hükmedemez. Çünkü bu imkânsızdır.

Bir kimsenin elinde bir ev olsa, diğeri evin bir yıldan beri kendine ait olduğuna delil getirse, üçüncü bir kimse de evi iki yıl önce birisinden satın aldığına ve bugün de eve malik olduğuna delil getirse, satın aldığını iddia eden dâvacının lehine hükmederim.

[17/55]

Çünkü daha önceki bir tarihi belirtmiş ve başka birinin mülkiyet iddia etmediği bir tarihte eve sahip olduğunu ispatlamıştır. Tanıkların belirttiği tarihte mülkiyetin satıcıya ait olduğunu ispat etmek konusunda da evi satan kimse adına dâvada taraftır. Dolayısıyla ev üzerindeki mülkiyet hakkına daha layıktır.

Tanıklar evin o kişiye ait olduğuna ve iki yıl önce falanca kimseden satın aldığına tanıklık etseler, yine böyledir. Alıcının satın aldığına tanıklık ettikleri zaman, evin alıcının mülkiyetinde olduğuna tanıklık etmeleri, satıcının mülkiyeti hakkı olduğuna tanıklık etmeleri hükmündedir.

Satıcının da, alıcının da mülkiyetine tanıklık etmeyip falanca kimsenin evi iki yıl önce dâvacıya sattığına ve teslim ettiğine, ya da dâvacının evi iki yıl önce falanca kimseden satın aldığına ve teslim aldığına tanıklık etseler, yine böyledir. Bu tanıklıkla mülkiyete tanıklık etmeleri arasında fark yoktur. Çünkü satıcı görünüş olarak, ancak satım konusu mala sahip olduğu zaman onu teslim eder. Alıcı da satım konusu malı, sahibinden satın aldığı zaman teslim alabilir. Ayrıca mülkiyet nedeni teslim ile güç kazanır. Tanıkların güçlenmiş bir mülkiyet nedenine tanıklık etmeleri, doğrudan mülkiyete tanıklık etmeleri hükmündedir.

Tanıklar, "Falanca kimse evi dâvacıya sattı. Satış bedelini aldı" veya "Alıcı, evi satın aldı. Satış bedelini ödedi" diye tanıklık edip, satıcının teslim ettiğine ve alıcının teslim aldığına tanıklık etmeseler, hakim satın aldığını iddia eden kimsenin lehine hükmetmez. Çünkü tanıklar sırf akdin gerçekleştiğine tanıklık etmişlerdir. Bu ise, mal sahibi olmayan kimse tarafından mal sahibinin onayına bağlı olarak gerçekleşebilir. Dolayısıyla mal sahibinin onayı olmadıkça alıcının mülkiyet hakkını

kazanmasını gerektirmez. Bu nedenle bu tanıklıkta alıcının mülkiyet hakkını elde ettiği, açık ifade ile veya işaretle ispat edilmemiştir. Bundan dolayı onun lehine hükmedilmez.

Alıcının mülkiyet hakkını elde ettiğine hükmettiğimiz bütün meselelerde satıcı gelip sattığını inkar etse, inkarına bakılmaz. Çünkü zilyet, satıcının satım akdini inkar etmesi konusunda onun adına dâvada taraf olmuştur. Alıcı ise ancak mülkiyet nedenini, yani mahkemede hazır bulunmayan bir kimseden satın aldığını ispat ederek mülkiyet hakkını ispatlayabilir. Mahkemede hazır bulunan kimsenin hakkı, hazır bulunmayan kimsenin hakkına bitişik olunca, hazır bulunan kimse, hazır bulunmayan kimse adına dâvada taraf olur. Bu meselede hakimin hükmü, dâvalıya karşı getirilen delile bağlanmıştır. Dolayısıyla delilin yeniden getirilmesine gerek yoktur.

Bir kimse birisinin elindeki evin kendisine ait olduğuna delil getirse, ancak tanıkları tarih belirtmese, zilyet de evin bir yıldan beri kendisine ait olduğuna delil getirse, evin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü zilyedin tarih belirtmesi mülkiyet hakkını daha önce kazandığına delil olmaz. Dâvacının tanıkları tarih belirtmiş olsalar, belki daha önceki bir tarihi belirteceklerdi. Dolayısıyla zilyet, olasılıklı bir şey ile mülkiyet hakkını elde edemez. Hiç tarih belirtmemiş gibi kabul edilir. Dâvacının getirdiği delil tercih edilir.

Kesin olan tarihin ihtimalli olana tercih edilmesi

Dâvacı evin bir yıldan veya iki yıldan beri kendine ait olduğuna delil getirse, yani tanıklar evin bir yıl önce mi, yoksa iki yıl önce mi dâvacının mülkiyetine girdiğinde şüphe etseler, zilyet de evin iki yıldan beri kendisine ait olduğuna delil getirse, evin zilyede ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü zilyet olmayan kimsenin tanıkları bir yıldan sonraki kısımda şüphe etmişlerdir. Şüphe ile ise tarih ispatlanamaz. Belirttikleri tarihten ittifak ettikleri kısım sabit olur. Bu da bir yıldır. Dolayısıyla zilyedin tarihi daha önce olmuştur. Bu nedenle onun delili tercih edilir. Bu konudaki farklı rivayetleri daha önce belirtmiştik.

Dâvacının tanıkları "bir yıl" deseler, zilyedin tanıkları (tarihte şüphe ederek) "bir veya iki yıl" deseler ev dâvacıya ait olur.

Çünkü zilyedin tanıklarının şüphe ettiği tarih sabit olmamıştır. İttifak ettikleri tarihte ise zilyedin tarihi ile zilyet olmayan kimsenin tarihi eşit olmuştur. Dolayısıyla dâvacının delili tercih edilir.

Dâvacının tanıkları "Ev, geçen yıl dâvacınındı" diye tanıklık etseler, zilyedin tanıkları da "Ev bu yılın başından beri zilyede aittir" deseler, evin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü onun tanıklarının belirttiği tarih daha öncedir.

[17/56]

Dâvacının tanıkları "Bu yılın başından beri dâvacıya aittir" deseler, zilyedin tanıkları da "Ev geçen yıl zilyede aitti" deseler; evin zilyede ait olduğuna

hükmederim. Çünkü onun tanıkları dâvacının belirttiği tarihten daha önceki bir tarihi belirtmişler ve mülkiyet hakkı o tarihte sabit olmuştur. Mülkiyet hakkı sabit olduktan sonra ise başka birisi eve, ancak onun tarafından bir nedenle sahip olabilir.

Bir evi elinde bulunduran iki kişiden birisi, evin bir yıldan beri kendine ait olduğuna delil, diğeri de iki yıldan beri kendine ait olduğuna delil getirse, evin iki yılı iddia eden tarafa ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü her birinin elinde evin yarısı vardır. Tanıkları, bir yıl önceki bir tarihi belirten dâvacının elindeki yarıda, zilyet olmayanın getirdiği delil daha önceki bir tarihi ispat etmiştir. Dolayısıyla evin o kısmına sahip olmakta zilyet olmayan kimse önceliklidir. Tanıkları iki yıl önceki bir tarihi belirten dâvacının elinde olan yarıda ise zilyedin delili zilyet olmayanın delilinden daha önceki bir tarihi ispat etmiştir. Dolayısıyla bu kimse getirdiği delil ile evin bu yarısında da mülkiyet hakkını kazanır.

Evi elinde tutanlardan birisi evin üçte birinin bir yıldan beri kendine ait olduğuna, diğeri de evin üçte birinin iki yıldan beri kendine ait olduğuna delil getirse, evin üçte ikisinin iki yıl önceki tarihi iddia eden dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü dâvası öncelikle elinde olan kısma yorumlanır. Elindekinden fazla olan kısımda ise dâvası diğer dâvacının elinde olan kısma yorumlanır. Müslüman hakkında iyi düşünmek ve yaptığını geçerli kabul etmek gerekir. Bu nedenle zilyetliği mülkiyet hakkından doğmuş olarak kabul edilir. İddiasını diğerinin elinde olan kısma yorumlarsak, zilyetliği, mülkiyet hakkından doğmuş olmaz. Oysa onun elinde evin yarısı vardır. Evin yarısından üçte ikisine kadar olan kısımda yani evin altıda birinde zilyetle zilyet olmayanın delilleri bir araya gelmiştir. Zilyet olmayan kimsenin belirttiği tarih ise daha öncedir. Bundan dolayı bu kısmın mülkiyet hakkına o daha layıktır. Ayrıca diğer dâvacı, evin üçte birine sahip olduğunu iddia etmemektedir. Dolayısıyla dâvası elinde olan kısma yorumlanır. Üçte birin üzerindeki kısımda ise o, diğeriyle anlaşmazlık içinde değildir. Diğeri ise getirdiği delil ile onun elindeki kısımda hakkı olduğunu ispat etmiştir. Dolayısıyla o kısma sahip olduğuna hükmedilir. Evin üçte biri, üçte bir iddia eden tarafın elinde bırakılır. Evin üçte birinin ona ait olması, malı zilyedin elinde bırakmaya hükmetmek ile olur. Çünkü getirdiği delil, ne zilyetlik yoluyla, ne de mülkiyet yoluyla anlaşmazlığı olan bir kimseye karşı getirilmiş değildir. Bu yol, bir yıl iddia eden taraf, evin üçte birini iddia ettiği zamandır. Birinci yol ise, evin yarısını iddia etmesi durumundadır. Bu meselenin anlatımında nüshalar arasında farklılık vardır.

Bir kimsenin elinde bir câriye olsa, diğeri o câriyenin altı aydan beri kendine ait olduğuna ve bir ay önce ona özgürlüğünü verdiğine delil getirse, zilyet de câriyenin bir yıldan beri kendine ait olduğuna ve bir yıl önce ona ölüme bağlı olarak özgürlüğünü verdiğine (müdebber kıldığına) delil getirse, hakim câriyenin müdebberlik iddia eden tarafa ait olduğuna hükmeder. Çünkü onun tanıklarının

belirttiği tarih daha öncedir. Çünkü onlar, lehine tanıklık ettikleri kimsenin bir yıl önce câriyeye sahip olduğunu ve müdebber kıldığını ispat etmişlerdir. Müdebber kılmakla kuvvetlenen mülkiyet, kaldırılmayı kabul etmez. Diğerinin tanıkları ise sahip olmayan bir kimsenin özgür kıldığını ispat etmişlerdir. Bunun ise bir anlamı yoktur. Bu mesele, bazı nüshalarda yer almıştır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşüne göre, câriyeye özgürlüğünü verdiğini iddia edenin getirdiği delil kabul edilir. Câriye özgür olur. Bu daha önce geçen şu meseleye dayandırılmıştır: Zilyet olmayan iki kimse mülkiyetleri için ayrı ayrı tarih belirtseler, Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşüne göre dâva konusu malın, yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Birisi, tarih önceliğinden dolayı diğerine tercih edilmez.

Biz bu meseleyi "Miras Dâvası Konusu"nda açıklamıştık. Bu görüşe göre, dâvacıların getirdiği deliller mülkiyeti ispat etme konusunda birbirine eşit olunca geriye, ispat ettikleri şeye göre tercih etme kalır. Özgür kılma ve müdebber kılma bir dâvada birleşince ise özgür kılma tercih edilir. Çünkü bu durumda mülkiyet yoluyla câriye ile cinsel ilişkiye girmek imkansız olmuş ve getirdiği delille, mülkiyetini ispat eden kimse tarafından câriyenin özgür olduğu sabit olmuştur.

[17/57] Bir kimse birisinin elindeki evi, zilyetten yüz dirheme satın aldığını ve parayı ödediğini iddia etse, başka bir kimse de evi iki yüz dirheme satın aldığını ve parayı ödediğini iddia etse, iki tarafın tanıkları da tarih belirtmese, iki dâvacı da muhayyerdir; isterse tanıkların belirttiği bedelin yarısı ile evin diğer yarısını satın alır. İsterse bırakır.

Çünkü her ikisi de asıl mülkiyetin zilyede ait olduğunda ittifak etmiş ve satın alma yoluyla mülkiyet hakkını ondan aldıklarını iddia etmişler, satın almayı ispat konusunda da birbirine eşit olmuşlardır. Zilyede karşı mutlak mülkiyet kazanma konusunda getirdikleri deliller birbirine eşit olsa, eve yarı yarıya sahip olduklarına hükmedilecekti. Burada da böyledir.

"Hakim, taraflardan birinin yalan söylediğini kesin olarak bilmiştir. Çünkü bir evi iki kimsenin birinden aynı zamanda bütünüyle satın alması düşünülemez. Dolayısıyla her iki delilin de geçersiz olması gerekir." Şeklinde bir itiraz gelirse; bu itiraza şöyle cevap veririz: Tanıklar satım akdinin geçerli olduğuna değil, kendisine tanıklık etmişler, iki satım akdinin de aynı zamanda olduğuna tanıklık etmemişlerdir. Bir kimsenin bir malı iki ayrı vakitte her ikisine de satması düşünülebilir. Dolayısıyla her iki taraf da lehine kayıtsız tanıklıkla mülkiyet nedenine dayanmıştır. Bu nedenle imkân ölçüsünde her iki tanıklıkla da işlem yapmak gerekir. Diğer yandan mal sahibinin vekilleri tarafından yapılması suretiyle iki satım akdinin aynı zamanda olması da düşünülebilir. Vekilin yaptığı akit de mecazen vekil edene dayandırılır. İki vekil aynı zamanda satım akdi yapmış olabilir. Bundan dolayı alıcılardan her birinin evin yarısına sahip olduğuna hükmedilir.

Rızaları olmaksızın akitleri bölündüğü için muhayyer olurlar. Çünkü alıcılardan her biri evin bütününde akit yaptığını ispat etmiştir. Evin ancak yarısının kendisine ait olduğuna hükmedilince, mülkiyeti bölündüğü için hakim onları muhayyer bırakır. Her ikisi de buna razı olursa, satım akdi ile evin ne kadarını elde edebiliyorsa, o miktarın bedelini ödemesi gerekir. Elde edebildikleri miktar da evin yarısıdır.

Alıcılardan birisi buna razı olur, diğeri razı olmazsa, razı olan evin ancak yarısına sahip olabilir. Çünkü hakim, onları muhayyer bırakınca evin diğer dâvacıya ait olduğuna hükmedilen yarısındaki satım akdini bozmuş olur. Bu nedenle diğerinin anlaşmazlığa son vermesiyle, razı olanın yaptığı akit geri dönmez. Ancak taraflardan birinin anlaşmazlığa son vermesi, hakim hüküm vermeden önce olursa, o zaman ev, bedelin tamamıyla diğer dâvacıya ait olur. Çünkü o, evin tamamını satın aldığını ispat etmiş, hakim de onun yaptığı akdi bozmamıştır. Onun evin yarısına sahip olduğuna hükmedilmesi, diğer dâvacının anlaşmazlığını devam ettirmesinden dolayıdır. Anlaşmazlık sona erince, hakim onun evin tamamına sahip olduğuna hükmeder. Bunların durumu, ön alım (şuf'a) hakkı sahibi iki kimseye benzer. Şuf'a hakkı sahiplerinden birisi, hakim hüküm vermeden önce hakkından vazgeçerse, hakim diğerinin evin tamamını almasına hükmeder. Hakim hüküm verdikten sonra şuf'a hakkından vazgeçmesi durumunda ise, diğeri ancak evin yarısını alabilir.

Dâvacıların tanıkları bir tarih belirtseler; önceki tarihi belirten tanıkların tanıklığı ile hüküm verilir. Çünkü o, anlaşmazlık çıkaran başka bir kimsenin bulunmadığı bir tarihte satın aldığını ispatlamış ve o tarihten itibaren mülkiyet hakkını elde etmiştir. Dolayısıyla diğerinin, o evi sahibi (maliki) olmayan bir kimseden satın aldığı ortaya çıkar. Yaptığı akit geçersiz olur.

Dâvacılardan birinin tanıkları tarih belirtse, diğerinin tanıkları belirtmese, tarih belirten tanıkların tanıklığı ile hükmedilir. Çünkü dâvacıların satım alması, sonradan olan bir şeydir. Bu nedenle tarih belirmedikleri zaman satım akdi, hüküm verme zamanına en yakın zamanda meydana gelmiş olarak kabul edilir. Tanıkları tarih belirtmeyen dâvacının, içinde bulundukları zamanda (şimdi) satın aldığı sabit olur. Diğeri ise daha önce satın aldığını ispat etmiştir. Dolayısıyla o önceliklidir.

Şu mesele böyle değildir: Dâvacılar, evi iki ayrı kimseden satın aldıklarını iddia etseler, biri tarih belirtse, diğeri belirtmese evin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü bu durumda dâvacılardan her biri mülkiyeti ispatlama konusunda evi satın aldığı kimse adına dâvada taraftır. Dâvacılardan birinin tarih belirtmesi satın aldığı kimsenin daha önce malik olduğunu göstermez. Diğer satıcı mülkiyet hakkını daha önce elde etmiş olabilir. Bundan dolayı aralarında yarı yarıya hükmettik. **[17/58]**

Bu meselede ise bir satıcının eve malik olduğunda taraflar ittifak etmiştir. Tarafların gerek duyduğu şey, satıcının mülkiyetini ispatlamak değil, mülkiyetin

kendine geçme nedenini ispat etmektir. Tanıkları tarih belirten tarafın mülkiyet nedeni daha öncedir. Bundan dolayı o eve sahip olmaya diğerinden önceliklidir.

İki taraf da tarih belirtmese, birisi evi satıcıdan teslim almış olup ev onun elinde bulunsa, onun lehine hükmedilir. Çünkü evi teslim alması, delil göstererek ispat ettiği akitten kaynaklanmıştır. Müslümanın yaptığı işlerin geçerli olduğu düşünülür. Böylece satın alması evi teslim almış olmasıyla kuvvet kazanmış olur. İki nedenle onun delili tercih edilir. Birincisi; diğerinin akdi bu dâvacının teslim alması ile birlikte bulunmuştur. Teslim alma ise akitten doğar. Bu, onun daha önce akit yapmasını gerektirir. İkincisi; zilyet olan dâvacı yalnızca satıcıya karşı hak elde ettiğini ispat etmek durumundadır. Bu ise getirdiği delilde vardır. Zilyet olmayan dâvacı ise hem satıcıya, hem zilyede karşı hak elde ettiğini ispat etmek durumundadır. Getirdiği delilde ise zilyede karşı hak elde ettiğini ispatlayan bir bilgi yoktur. Çünkü zilyedin yaptığı akdin daha önce gerçekleşmiş olması mümkündür.

Dâvacılar iki ayrı kimseden satın aldıklarını iddia edip biri zilyet olduğu zaman hüküm böyle değildir. Çünkü bu durumda zilyet olmayan daha önceliklidir. Çünkü her ikisi de öncelikle satın aldığı kimsenin mülkiyetini ispat etmek durumundadır. İki satıcı hakkında zilyet olan ve olmayan dâvacıların getirdikleri deliller birleşmiştir. Bundan dolayı zilyet olmayan dâvacının delili daha öncelikli olur.

Bu meselede ise satıcının mülkiyetinin ispatlanmasına ihtiyaç yoktur. Bu, dâvacıların ittifakıyla sabittir. Dâvacıların gerek duyduğu şey, mülkiyet hakkını elde etme nedenini ispatlamaktır. Evi teslim almış olan dâvacının getirdiği delil daha kuvvetlidir. Bundan dolayı o daha önceliklidir.

Zilyet olmayan dâvacının tanıkları tarih belirtse, bunun dâvacıya bir yararı olmaz. Çünkü zilyedin evi teslim almış olması, akdinin daha önce olduğunu göstermektedir. Bu, gözle görülen bir delildir. Zilyet olmayan dâvacı hakkında tanıkların tarih belirtmesi ise haberdir. Haber vermek ise gözle görmek gibi değildir.

Ayrıca evi teslim almış olan dâvacının zilyetliği kesin olarak sabittir. Dolayısıyla ancak kesin olan bir delil ile kaldırılabilir. Zilyet olmayan dâvacının tanıklarının tarih belirtmesi, zilyedin daha önce akit yapması olasılığını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla evi teslim almış olan dâvacının zilyetliği ortadan kalkmaz. Ancak zilyet olmayan dâvacının tanıkları, onun evi zilyetten daha önce satın aldığına tanıklık ederlerse, o zaman zilyet olmayan dâvacının yaptığı akit daha öncelikli olur. Çünkü akdin daha önce olduğu, tanıkların açık ifadeleriyle sabit olmuş ve zilyedin evi sahibi olmayan birisinden satın aldığı ortaya çıkmıştır.

Dâvacılardan her biri başka başka kişilerden satın aldıklarına delil getirseler, ev de dâvalının elinde olsa, hakim evin yarı yarıya iki dâvacıya ait olduğuna hükmeder.

Çünkü her ikisi de öncelikle satın aldığı kimsenin mülkiyet hakkını ispat etmiştir. İki delil, satıcıların mülkiyet hakkını ispat etmek konusunda birbirine eşittir. Bundan dolayı aralarında yarı yarıya hükmedilir. Açıkladığımız nedenle alıcılardan her biri muhayyer olur. Evi alma yolunu seçerler de satıcıya satım bedelini ödemişlerse, satım bedelinin yarısını, evi aldıkları kimseden geri isterler. Çünkü satın aldıkları şeyin ancak yarısını elde edebilmişlerdir.

Dâvacılar iki ayrı tarih belirtmişse, önceki tarihi belirten dâvacı daha öncelikli olur. Çünkü başkasının anlaşmazlığı (hak iddiası) olmayan bir tarihte satın aldığı kimsenin mülkiyetini ispat etmiştir. Diğer dâvacı da satım bedelinin satıcıdan geri ister. Çünkü elindeki satım konusu malın başkasına ait olduğu ortaya çıkmıştır.

Dâvacılardan birisi, falanca kimse evin sahibi iken evi ondan belirli bir bedelle satın aldığına, diğeri de falanca kimse evin sahibi iken evi kendisine bağışladığına ve kendisinin de evi ondan teslim aldığına delil getirseler; hakim evin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmeder. [17/59]

Bir malı çeşitli yollarla mülk edinme iddiaları olduğunda uygulanacak yöntem

Çünkü dâvacılardan her biri evi kendisinden aldığı kimsenin mülkiyetini ispat etmek konusunda önce onun adına, sonra kendi adına dâvada taraf olmuştur. Evin önceki sahibinin mülkiyetini ispat etmek konusunda gösterilen deliller birbirine eşittir. Bundan dolayı evin yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Üçüncü bir dâvacı, üçüncü bir kimsenin evi kendisine sadaka olarak verdiğine ve evi teslim aldığına delil getirse, ev üç parça olarak üçüne ait olur. Dördüncü bir dâvacı da evin kendisine babasından miras kaldığına delil getirse, evin dördüne ait olduğuna hükmedilir. Çünkü açıkladığımız gibi, dâvacılar evi kendilerine veren kimseler adına dâvada taraftır.

Şöyle bir itiraz olabilir: Mesele ev hakkında düzenlenmiştir. Evin şayi (bölüşülmemiş) bir parçasında sadaka veya bağış yoluyla mülkiyete hükmetmek nasıl câiz olabilir?

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Bu meselenin konusu hayvandır. Ev hakkında bile olsa dâvacılardan her biri evin bütününde mülkiyet hakkını kazandığını ispat etmiştir. Ancak başkalarının da hak ispat etmesinden dolayı evin her bir parçası dâvacılardan birine ait olur. Ancak bu ortaklık, evin teslim alınmasından sonra gerçekleşir. Dolayısıyla sonradan olan bir şayi paylılık (şuyû) söz konusudur. Bu da, sadaka ve bağışı geçersiz kılmaz.

Ancak ev birinin elinde olup diğeri evin falanca kimseden belirli bir bedele satın aldığına ve kendisinin evi, satıcının da bedeli teslim aldığına delil getirse, başka bir kimse de birinci dâvacının, satıcı olduğunu iddia ettiği kimsenin evi kendisine bağış yaptığına ve kendisinin de evi ondan teslim aldığına delil getirse, satın aldığını iddia eden kimsenin lehine hükmedilir. Çünkü dâvacılar, bu dâvada evi kendilerine temlik eden (veren) kimsenin mülkiyetini ispat etmeye ihtiyaç duymazlar. Çünkü bu, her iki tarafın ittifakıyla sabittir. İhtiyaç duydukları şey,

ondaki mülkiyet nedeninin nasıl kazandıklarını ispat etmektir. Bir malı satın almak ise bağış yoluyla elde etmekten daha kuvvetlidir. Çünkü satım akdi, her iki bedelde mülkiyeti gerektiren ve tarafların ödemeyle yükümlü olduğu bir akittir. Bağış ise karşılıksız vermedir. Diğer yandan satım akdi, mülkiyeti doğrudan gerektirir. Bağış ise bağışlanan kimse malı teslim aldıktan sonra mülkiyeti gerektirir. Bundan dolayı satın aldığını iddia eden dâvacının mülkiyeti daha önce gerçekleşmiş ve bu nedenle kabul edilmeye daha layık olmuştur.

Taraflardan birisi satın aldığını, diğeri kendisine sadaka olarak verildiğini iddia etse, ya da birisi satın aldığını, diğeri rehin olarak aldığını iddia etse, satın alma iddiası kabul edilmeye daha layıktır.

Bir erkek bir malı satın aldığını iddia etse, bir kadın da o mal karşılığında bir kimsenin kendisiyle evlendiğini iddia etse, Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüne göre her ikisine yarı yarıya hükmedilir. Sonra kadın kocasından evin yarı değerini alır. Alıcı bedeli ödemişse, o da yarısını geri ister.

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demiştir: Satın aldığını iddia eden tarafın lehine hükmedilir. Kadın kocasından hayvanın değerini alır.

Karşılıklı ödemeyi gerektiren akitlerin diğerlerinden güçlü olması

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şöyledir: Getirilen delilleri olabildiği ölçüde geçerli kabul etmek ve onlarla işlem yapmak gerekir. Çünkü deliller kanıttır. Bu meselede satım akdinin daha önce gerçekleştiği varsayılarak her iki delilin de geçerli kabul edilmesi mümkündür. Çünkü başkasının mülkiyetinde olan bir malı mehir olarak belirlemek geçerlidir. Belirlenen malın kendisini ödemek mümkün olmayınca değerini ödemeyi gerektirir. Bundan dolayı satım akdini önce gerçekleşmiş olarak kabul ettik. Diğer yandan satım akdi "malı malla değiştirmektir". Her iki bedelde ödeme yükümlülüğü doğurur. Nikah akdi ise malı mal olmayan bir şey ile değiştirmektir. Evlenilen kadında ödeme yükümlülüğü doğurmaz. Bundan dolayı satım akdi, bu açıdan daha kuvvetli olmuş ve öncelikli kabul edilmiştir.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: Getirilen delillerden her biri mülkiyeti doğrudan gerektirmektedir. Bundan dolayı iki satım akdi dâvasında olduğu gibi burada da mülkiyet hakkını kazanma konusunda deliller arasında denklik söz konusudur. Bir açıdan nikah akdi, satım akdinden daha kuvvetlidir. Çünkü mehirde mülkiyet, akdin kendisiyle güçlü olarak sabit olur. Teslimden önce malın telef olması durumunda, nikah akdi geçersiz olmaz. Satın alınan maldaki mülkiyet ise böyle değildir. Yine kadının teslim almadan önce mehirde kullanımda bulunması câizdir. Satın alınan mal ise böyle değildir. Nikah akdi, bu bakımdan satım akdine tercih edilmese bile, en azından aralarında eşitlik söz konusudur. **[17/60]**

Muhammed (rh.a.)'in söylediğinde, tanıkların tanıklık etmediği bir tarih ispat edilmektedir. İki akit arasındaki tarih delil olmaksızın sabit olmaktadır. Aralarında yarı yarıya hükmetmemiz durumunda ise, kadının mehrinin yarısının başkasına ait

olduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla başkasına ait olduğu sabit olan kısmın değerini kocasından ister. Alıcının da satın aldığı malın yarısının başkasına ait olduğu ortaya çıkmıştır. O da bedelin yarısını satıcıdan geri ister.

Dâvacılardan birisi hayvanı rehin olarak aldığını, diğeri de mal sahibinin kendisine bağışladığını ve onu sahibinden teslim aldığını iddia etse, rehin akdi daha önceliklidir. Muhammed (rh.a.) Kitabu'ş-şehâdât'ta (tanıklık konusunda) bağış akdinin kıyasa göre daha öncelikli olduğunu söylemiştir.

Bu görüşün dayanağı şudur: Bağış mal mülkiyetini gerektirir. Rehin ise gerektirmez. Bundan dolayı mal mülkiyetini gerektiren neden daha kuvvetli olur.

İstihsanın dayanağı ise şudur: Rehin, ödeme yükümlülüğü doğuran bir akittir. Bağış ise karşılıksız verme akdidir. Ödeme yükümlülüğü doğuran akit, karşılıksız verme akdinden daha kuvvetlidir. Diğer yandan rehin akdi iki bedeli yani rehnedilen malı ve borcu ispat etmektedir. Bağış ise bir bedeli ispat etmektedir. Bundan dolayı rehin bağıştan daha önceliklidir. Rehin iddiası sadaka iddiasından da önceliklidir. Nikah dâvası da bağış ve sadaka dâvasından daha önceliklidir. Çünkü nikah akdi satım akdi gibi mülkiyeti doğrudan gerektirir. Bağış ve sadaka dâvası ise birbirine denktir. Bu nedenle birisi bağış, diğeri sadaka iddiasında bulunsa, birbirine denk olurlar. Çünkü her ikisi de karşılıksız vermedir. Ancak teslim almakla tamam olur.

Eğer "Sadaka veren kimse sadakasından geri dönemez. Bağışta ise dönebilir. Dolayısıyla sadaka bağıştan daha kuvvetlidir" denilirse; şöyle cevap veririz: Geri dönme imkânının olmaması, nedenin kuvvetli olmasından değil, amaçlanan şey yani sevap yerine geldiğinden dolayıdır. Bağış ile amaçlanan şey -yani akrabaya yardım etme amacı - yerine gelmiş olsa, bağış eden kimse de bağışından vazgeçmezdi.

Bir kimse başka birisinin elindeki evi, ondan bin dirheme satın aldığına ve bedeli ödediğine delil getirse, zilyet de evi dâvacıdan satın aldığına ve bedeli ödediğine delil getirse, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, tanıklar bedelin teslim alındığına ister tanıklık etsin, ister etmesin iki delil birbirini düşürür. Ev zilyedin elinde kalır.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise her iki delil ile de hükmedilir. Tanıklar teslim almaya tanıklık etmemişse, zilyedin satın almasının önce olduğu kabul edilir. Evi zilyet olmayan dâvacıya vermesi emredilir. Tanıklar teslim almaya tanıklık etmişse zilyet olmayan dâvacının satın almasının önce olduğu kabul edilir. Ev zilyedin elinde kalır.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şöyledir: Deliller kanıttır. İmkan ölçüsünde her iki delille de uygulama yapılması gerekir.Dînî hüccetler (deliller) gibi, onlardan birini geçersiz kabul etmek câiz değildir. Bu meselede her iki delille de uygulama yapmak mümkündür. Tanıklar teslim almaya tanıklık etmemişse, zilyedin

satın almasını önce kabul ederek, her iki delille uygulama yapmak mümkün olur. Çünkü zilyet olmayan dâvacının satın almasını önce kabul etsek, satıcının malı teslim almadan önce satması câiz olmayacaktır. Diğer yandan zilyedin teslim alması, delil getirerek ispat ettiği akitten kaynaklanmıştır. Bu, onun akdinin daha önce olduğunu gösterir. Tanıklar teslim almaya tanıklık etmişse, zilyet olmayan dâvacının akdinin daha önce olduğu kabul edilir. Çünkü malın elinde olmaması akdinin daha önce olduğunu göstermektedir. Malın diğerinin elinde olması da onun akdinin daha sonra olduğunu gösterir. Diğer yandan zilyedin akdinin daha önce olduğunu kabul etsek, malı gasbederek haram yolla elinde tutmuş olacaktır. Onun akdinin daha sonra olduğunu kabul edersek, malı elinde tutması mülkiyet hakkından kaynaklanacaktır. Bundan dolayı iki akit arasında bu yolla tarih belirledik. Bu, her iki delille de işlem yapmaktır.

[17/61] Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demiştir: Dâvacılardan her biri satın aldığını ispat ederek diğer dâvacının, kendi mülkiyetini ikrar ettiğini ispat etmiştir. Dolayısıyla her iki satıcı da mülkiyetin alıcıya ait olduğunu ikrar etmektedir.

Bu, taraflardan her birinin diğerinin, kendi mülkiyetini ikrar ettiğine delil getirmesine benzer. Böyle olması durumunda ise ikrar düşer. Çünkü delille sabit olan iki ikrar, gözle görülerek sabit olmuş gibidir. Hakim, dâvacılardan her birinin mülkiyetin diğer dâvacıya ait olduğunu ikrar ettiğini görse, iki ikrar da geçersiz olacaktır. Bu da böyledir. Çünkü iki tarafın tanıkları da tarihe tanıklık etmemiştir. İki akit yapanın varlığı ortaya çıkmıştır. Ancak, hangisinin önce olduğu bilinememiştir. Bundan dolayı birlikte meydana gelmiş gibi kabul edilirler. Aralarında tarih ispat etmek câiz olmaz. Çünkü bu, tanıkların tanıklık etmediği bir şey ile hükmetmektir. Akitleri birlikte yapılmış olarak kabul edince iki akit de, çelişkiden dolayı geçersiz olur. Her iki delille işlem yapmak tanıkların tanıklık etmediği şey ile değil, tanıklık ettiği şey ile mümkün olur.

Tanıklar iki tarih belirtmişse bu iki şekilde olabilir; ya zilyet olmayan dâvacının tarihi, ya da zilyedin tarihi öncedir. Her iki şekilde iki türlü olabilir; Ya tanıklar teslim almaya tanıklık etmiştir, ya tanıklık etmemiştir.

Zilyet olmayan dâvacının tarihi daha önce olup tanıklar teslim almaya tanıklık etmemişse, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre evin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü onun daha önce satın aldığı sabit olmuştur. Sonra zilyet evi teslim etmeden önce ondan geri satın almıştır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre taşınmaz malın teslim alınmadan önce satılması câizdir.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise evin zilyet olmayana ait olduğuna hükmedilir. Çünkü ona göre taşınmazın teslim almadan önce satılması câiz değildir.

Tanıklar teslim almaya tanıklık etmişse her üç imama göre de evin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü zilyet olmayan, evi teslim aldıktan sonra satıcıya geri satmıştır. Bu geçerlidir.

Zilyedin belirttiği tarih daha önce ise, tanıklar teslim almaya tanıklık etmiş olsun, olmasın evin zilyet olmayana ait olduğuna hükmedilir.

Teslim almaya tanıklık etmeleri durumunda bir problem yoktur. Tanıklık etmemeleri durumunda da böyledir. Çünkü ev zilyedin elindedir. Daha önce satın aldığı sabit olmuştur. Dolayısıyla evi teslim alması, akitten kaynaklanmış olarak kabul edilir. Zilyet evi teslim aldıktan sonra zilyet olmayan evi yeniden ondan satın almıştır. Bundan dolayı zilyedin evi ona teslim etmesi emredilir.

Bir kimse, birisinin elindeki câriyeyi ondan satın aldığına delil getirse, câriye de efendisinin kendini özgür kıldığına, ya da müdebber[29] kıldığına delil getirse câriyenin delili tercih edilir.

Çünkü her iki delil de hakkı doğrudan kendisi gerektirmektedir. Ancak özgür kılma daha kuvvetlidir. Çünkü gerçekleştikten sonra kaldırılma imkânı yoktur. Müdebber kılma da böyledir. Satın alma ise böyle değildir. Diğer yandan köle özgür kılma ile kendi özgürlüğünü teslim almış olur. Ayrıca özgür kılmak yalnızca özgür kılan tarafından gerçekleştirilir. Satın alma ise ancak icap ve kabulle tamam olur. Bu bakımdan özgür kılma ve müdebber kılma, daha önce gerçekleşmiş kabul edilir.

Birbirine eşit olsalar bile, satın almaya hükmetmek mümkün olmaz. Çünkü satın almanın beraberinde özgür kılma vardır. Kısmen özgür kılınan köle ise satım akdinin konusu olamaz. Bundan dolayı câriyenin delilini tercih ederiz. İki tarafın tanıkları da tarih belirtse önceki tarihi belirten tarafın delili tercih edilir. Bu durumda özgür kılma önce ise problem yoktur. Satın alma önce ise alıcı, câriyenin anlaşmazlığı olmayan bir tarihte câriye üzerindeki mülkiyetini ispat etmiş, sonra câriye, sahibi olmayan bir kimsenin kendini özgür kıldığını veya müdebber kıldığını ispat etmiştir. Bu ise onun için hakkı gerektirmez.

Satın aldığını iddia eden tarafın tanıkları tarih belirtip, özgür kılmaya veya müdebber kılmaya tanıklık edenler ise tarih belirtmese, özgür kılma ve müdebber kılma tanıklarının tanıklığı tercih edilir.

Çünkü özgür kılma ve müdebber kılma kölenin özgürlüğünün kendisine teslim edilmesi ile gerçekleşir. Dolayısıyla bir tarafta teslim alma, diğer tarafta tarih bulunmuştur. Teslim alma ise daha önceliklidir. Alıcı câriyeyi teslim almış ise onun delili tercih edilir. Çünkü câriyeyi teslim alabilmiş olması, akdinin daha önce olduğunu gösterir. Diğer yandan onun teslim alması gözle görülmektedir. Diğerinin teslim alması ise hükmen sabittir. Bu nedenle gözle görülen tercih edilir. Müslümanın yaptığı şeyi mümkün olduğu ölçüde geçerli ve helal olarak kabul [17/62]

[29] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

etmek gerekir. Ancak özgür kılmanın daha önce olduğuna delil getirilirse veya tanıklar özgür kılmanın daha önce olduğunu gösteren bir tarih belirtirlerse o zaman özgür kılma tercih edilir. Çünkü o tarihte alıcının hak iddiası yoktur.

Satın aldığını iddia eden tarafın tanıkları tarih belirtmese, ancak alıcı câriyeyi teslim almış olsa yine alıcının delili tercih edilir. Çünkü câriyeyi teslim alabilmiş olması, akdinin daha önce olduğunu gösterir. Ancak özgür kılmanın daha önce olduğuna delil getirilirse o zaman böyle değildir.

Bütün bu meselelerde özgür kılma ile birlikte bağış veya sadaka verme iddiası olsa, hüküm yine böyledir. Çünkü bağış ve sadaka satın almak gibi, teslimle mülkiyet gerektirir.

Ev veya câriye bir kimsenin elinde olup diğeri zilyedin onu kendisine bağışlandığına ve kendisinin de onu teslim aldığına delil getirse, zilyet de dâvacıya karşı aynı iddiada bulunsa câriyenin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Bu, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, deliller birbirini düşürdüğü için böyledir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise gerekçe şudur: Tanıklar malı teslim almaya tanıklık etmişlerdir. Malın zilyet olmayan kimsenin elinde olmaması akdinin önce olduğuna, zilyedin elinde olması ise akdinin sonra olduğuna delildir.

Bir kimse câriyeyi bin dirhem karşılığında zilyetten satın aldığını ve özgür kıldığını iddia edip delil getirse, diğeri de câriyeyi ondan satın aldığına delil getirse, câriyeyi özgür kıldığını iddia eden tarafın lehine hükmedilir.

Çünkü onun mülkiyet nedeni câriyeyi özgür kılmakla kuvvet kazanmıştır. Bu nedenle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Diğer yandan özgür kılma onun câriyeyi teslim aldığı anlamına gelir. Çünkü alıcı, satın aldığı köleyi teslim almadan önce özgür kılınca onu teslim almış sayılır. Biz daha önce açıkladık ki; iki alıcıdan birisi satım konusu malı teslim aldığını ispatlayınca onun delili tercih edilir.

Birisi kendisine bağışlanıp teslim aldığını, diğeri de kendisine bir sadaka olarak verilip teslim aldığını iddia etse ve her ikisi delil getirseler, birisinin tanıkları tarih belirtip diğerininki belirtmezse tanıkları tarih belirten tarafın lehine hükmedilir.

Çünkü her ikisi de sonradan olan bir mülkiyet nedeni ispat etmişlerdir. Dolayısıyla mülkiyet nedeninin dâva zamanına en yakın vakitte gerçekleştiği kabul edilir. Birisi tarih belirterek akdinin daha önce olduğunu ispatlamıştır. Dolayısıyla onun lehine hükmedilir.

Câriye tanıkları tarih belirtmeyen tarafın elinde ise onun lehine hükmedilir. Çünkü teslim almış olması akdinin daha önce olduğunu göstermektedir. Bu gözle görülen bir delildir. Diğerinin belirttiği tarih ise bir haberdir. Haber vermek ise gözle görmek gibi değildir. Ancak diğer dâvacı kendi akdinin daha önce olduğuna delil getirirse, o zaman onun delili tercih edilir. Çünkü diğer dâvacının anlaşmazlığı olmayan bir tarihte mülkiyetini ispat etmiştir.

Dâvacılardan ikisi de tarih belirtmemişse ve görülen bir teslim alma da yoksa paylaştırılması mümkün olmayan mallarda dâvacılar arasında yarı yarıya mülkiyet hakkına hükmedilir. Çünkü mülkiyet hakkını kazanma nedeninde birbirine eşittirler. Ev gibi, paylaştırılabilen mallarda ise birini diğerine tercih ettiren teslim alma, tarih belirtme gibi bir belirti olmayınca iki delil düşer. Çünkü her iki delille hükmetsek, malın yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmetmemiz gerekecektir. Paylaştırmayı kabul etmeyen taksim edilmemiş şayi paylı bir malda ise bağış ve sadaka câiz değildir.

Denilmiştir ki: Bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göredir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bir evin iki kişiye bağışlanmasına kıyas edilerek iki dâvacı arasında yarı yarıya hükmedilmesi gerekir. [17/63]

Bazı fakihler ise şöyle demiştir: Her üç imama göre de dâvacılar arasında yarı yarıya hükmedilmesi gerekir. Çünkü iki dâvacı da dâva konusunun bütününü teslim aldığını ispat etmiştir. Taksim edilmemiş (şayi) paylılık daha sonra meydana gelmiştir. Bu ise sadaka ve bağışa engel olmaz.

Doğrusu, *el-Asl*'da anılan görüşün her üç imama ait olduğudur. Çünkü dâvacılar arasında yarı yarıya hükmedersek, tanıkların tanıklık ettiği akde göre hükmetmiş oluruz. Akitler farklı olunca ise her üç imama göre de bir malı iki kimseye bağışlamak câiz olmaz. Mülkiyet hakimin hükmüyle sabit olur. Bağış yoluyla elde edilmiş olan mülkiyette ise taksim edilmemiş (şayi) paylılık olması bağışın geçerliliğine engel olur.

Taşınır mallarla ilgili dâvada malların mahkemeye getirilmesi

İki kişi bir hayvan veya herhangi bir ticaret malında anlaşmazlığa düşse, mal da var olsa anlaşmazlık konusu malı mahkemeye getirmedikleri sürece, hakim ikisinin de dâvasını ve tanıklarını dinlemez. Çünkü dâvanın ve tanıklığın geçerli olması için dâva konusunun belirlenmesi koşuldur. İşaret ederek dâva konusu malı tam olarak belirlemek ise, kolaylıkla taşınabilen malı mahkemeye getirmekle olur. Onun için zilyedin malı mahkemeye getirmesi emredilir.

Taşınmaz mallarla ilgili dâvada malın belirtilmesi

"Malın başkasına ait olduğu sabit olmadan zilyet nasıl malı mahkemeye getirmekle yükümlü olur" denilemez. Çünkü dâvacının yararı düşünülerek zilyet aleyhinde henüz hiçbir şey sabit olmadığı halde, kendisi mahkemede hazır bulunmakla yükümlü olduğu gibi, dâva konusu malı getirmekle de yükümlü olur. Çünkü bunda zilyedin fazla bir zararı yoktur. Ancak dâva konusu taşınmaz ise, o takdirde mahkemeye getirilmesi mümkün olmaz. Bundan dolayı taşınmazın sınırlarının söylenmesi dâva konusu mala işaret etmek yerine geçer. Çünkü yapılabilen budur. Her dâva konusunda gerekli olan belirleme, yapılabildiği ölçüdedir. Bu ortada olmayan (gâib olan) ve ölen kimsenin adının ve nesebinin söylenmesi gibidir.

Dâva konusu mal telef olmuş ise, o takdirde mahkemeye getirilmesi mümkün olmaz. Dâva konusunun niteliklerinin ve değerinin söylenmesi, dâvanın ve

tanıklığın geçerli olması için, ona işaret etmek yerine geçer. Diğer yandan burada gerçekte dâva konusu zimmetteki borçtur. Bu ise değerdir. Bunun belirlenmesi niteliğini ve değerini söylemekle olur. Allah daha iyi bilir.

HAYVAN YAVRUSU HAKKINDA DÂVA

Bir kimse birisinin elindeki hayvanın kendi yanında iken doğduğunu ve kendisine ait olduğunu iddia etse ve buna delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse, istihsan gereği hayvanın zilyede ait olduğuna hükmedilir. Kıyasa göre ise, zilyet olmayan dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. İbn Ebû Leyla'nın görüşü de budur.

Bu görüşün dayanağı şöyledir: Her iki dâvacının amacı da mülkiyeti ispat etmektir. Bu nedenle bir kimse, mülkiyetin kendine ait olduğunu iddia etmedikçe dâvada taraf olmaz. Amaçlanan konuda ise zilyedin getirdiği delil, zilyet olmayanın getirdiği delile denk olamaz. Nitekim bunu mutlak mülkiyet dâvası konusunda açıklamıştık. Mutlak mülkiyet dâvası ile bu dâva arasında ise fark yoktur. Çünkü mutlak mülkiyete delil getirmek baştan mülkiyet hakkına sahip olmayı gerektirir. Kendi hayvanından doğma olduğu (nitâc) konusunda delil getirmek de böyle olmalıdır.

Ancak biz hadise dayanarak istihsanı esas aldık. Bu hadis, Ebû Hanîfe
[17/64] (rh.a.)'nin, Heysem'den, Heysem'in de (adı belirtilmeyen) bir kimse kanalıyla Cabir b. Abdullah (r.a.)'tan rivayet ettiği şu hadistir: Bir kimse, Resûlüllah (s.a.v.)'ın huzurunda bir kimsenin elinde olan bir devenin kendine ait olduğunu ve kendi yanında iken doğduğunu iddia etti. Delil getirdi. Zilyet de onun kendi devesinden doğduğuna delil getirdi. Bunun üzerine Resûlüllah (s.a.v.) devenin zilyede ait olduğuna hükmetti.

Diğer yandan delil getiren kimsenin zilyetliği, mülkiyet hakkının önceliğini göstermez. O, getirdiği delil ile sabit olmayan bir şeyi ispat etmektedir. Dolayısıyla mülkiyet görünürdeki zilyetliği ile sabit olmuştur. Bundan dolayı getirdiği delili kabul etmek gerekir. Sonra, mutlak mülkiyet iddiasının aksine, onun zilyetliği tercih nedenidir. Çünkü orada getirdiği delille sabit olan, görünen zilyetliği ile sabit olandan başka bir şey değildir. Öyleyse onun delilini kabul etmek gerekir.

Bu sözün anlamı şudur: Zilyet, zilyet olmayan dâvacının delilini red etmeye muhtaçtır. Yavru hayvanın doğduğuna delil getirmekle, zilyet olmayan dâvacının delilini ortadan kaldırma sağlanmaktadır. Çünkü bir hayvan bir defa doğar. Bu nedenle zilyedin, yavrunun kendi yanında kendi hayvanından doğduğunu ispat etmesi ile zilyet olmayan dâvacının mülkiyet hakkını kazanması zorunlu olarak önlenmiş olmaktadır.

Mutlak mülkiyet dâvasında ise zilyedin getirdiği delil, zilyet olmayan dâvacının delilini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü zilyedin anlaşmazlık sırasında dâva konusu mal üzerindeki mülkiyeti zilyedin o mala daha önceden sahip olmasını engellemez. Bundan dolayı mutlak mülkiyet dâvasında zilyet olmayan dâvacının getirdiği delil ile uygulama yaptık.

İsa b. Eban (rh.a.) şöyle derdi: Bana göre yavrunun kendi hayvanından doğması konusunda çözüm yolu, iki delilin birbirini düşürmesidir. Çünkü hakim taraflardan birinin yalan söylediğini kesin olarak bilmiştir. Çünkü bir hayvan yavrusunun iki hayvandan doğması düşünülemez. Dolayısıyla hakim hayvan yavrusunun zilyede ait olduğuna hükmeder. Deliller birbirini düşürdüğü için, hakim onu zilyedin elinde bırakmış olur.

Bu, doğru değildir. Çünkü zilyet olmayan iki kimse bir hayvan yavrusunun kendi yanında doğduğuna delil getirseler, hayvanın yarı yarıya iki dâvacıya ait olduğuna hükmedileceği söylenmiştir. Çözüm yolu, İsa b. Eban (rh.a.)'ın dediği gibi olsa, hayvan yavrusu zilyedin elinde bırakılırdı.

Aynı şekilde bir kimsenin elinde boğazlanmış bir koyun olsa, diğerinin elinde de koyunun sakatatı (kelle, paça, ciğer v.s.) olsa ve her ikisi de koyunun kendi hayvanından doğduğuna delil getirse koyunun ve sakatatının, koyunun zilyedi olan kimseye ait olduğuna hükmedilir. Çözüm yolu delillerin birbirini düşürmesi olsa, her birinin, elinde olan şeye sahip olduğuna hükmedilirdi. İsa b. Eban'ın "Hakim, taraflardan birinin tanıklarının yalan söylediğini kesin olarak bilmiştir", sözünün de bir anlamı yoktur. Çünkü hayvan yavrusunun doğumuna tanıklık etmek, yavrunun annesinden ayrıldığını görmekle değil, başka bir yolladır. Deve yavrusu deveye tabidir. Dolayısıyla iki tanık grubu da tanıklığı yerine getirmek için geçerli bir nedene dayanmış olabilir. Dolayısıyla her iki tanıklıkla da uygulama yapmak gerekir. Tanıkların iki ayrı mülke tanıklık etmesinde olduğu gibi, bu meselede de delillerin birbirini düşürdüğü yoluna gidilmez.

Dâva köle veya câriye hakkında olsa ve iki taraf da kölenin kendi mülkünde doğduğuna delil getirse; bu meseleyle hayvanın doğması meselesinin hükümleri aynıdır.

İki taraf da bir kumaşın kendisine ait olduğuna ve onu kendisinin dokuduğuna delil getirse yine böyledir. Çünkü kumaş hakkında dokuma, mülkiyet hakkının önceliğini gerektirir. Bir hayvan yavrusu bir kere doğduğu gibi, bir kumaş da bir kere dokunabilir. Ancak kumaş birden çok kere dokunabilme özelliğine sahipse, örneğin ipek dokunur. Sonra sökülür. Yeniden dokunabilir. O takdirde kumaşın zilyet olmayan tarafa ait olduğuna hükmedilir.

Kıyasa aykırı olarak sabit olan bir hükme başka bir şeyin kıyaslanmaması

Sonuç olarak, hayvan yavrusunun doğumu sünnet delili ile, genel kuralın (kıyasın) kapsamından çıkarılmıştır. Bu nedenle yalnızca her yönden ona benzeyen şeylere onun hükmü verilebilir. Bazı yönlerden ona benzeyen şeylere ise onun

hükmü verilmez. Çünkü hükmü verilecek olsa kıyas yoluyla verilmiş olacaktır. Genel kuralın kapsamından çıkarılan (kıyastan tahsis edilen) meselelere ise, başka meseleler kıyas edilemez. Çünkü genel kural ona aykırıdır. Genel kurala ters düşen bütün kıyaslar ise geçersizdir.

[17/65] Bu ön bilgiden sonra şöyle diyoruz: Yalnızca bir defa olan (tekrar etmeyen) şeyler her açıdan hayvan yavrusu doğumu hükmündedir. Ona bu hükmün verilmesi delilin işaretiyle olur. Tekrar eden şeyler ise her yönden hayvan yavrusunun doğumu hükmünde değildir. Bu nedenle ona genel kurala göre hüküm verilir.

Zilyet olmayan iki kimse bir hayvanın kendine ait olduğunu iddia edip, onun kendi yanında iken doğduğuna delil getirseler, yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü dâvacılar, mülkiyet hakkını kazanma nedeninde birbirine eşittir.

Dâvacılardan birinin tanıkları tarih belirtse, diğeri belirtmese, hayvanın yaşını tespit etmek de mümkün olmasa, yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü tarih belirtmeyen taraf, hayvanında, doğduğu zaman mülkiyet hakkı olduğunu ispat etmiştir. Mülkiyet bir şey var olmadan önce söz konusu olmaz. Hayvanın yaşını tespit etmek mümkün olmayınca tarih belirtme, tarih belirten tarafa bir yarar sağlamaz. Dolayısıyla tarihin belirtilmesi belirtilmemesi gibi olmuştur.

İki kişinin bir hayvanı iddia edip, hayvanın yaşının birisinin belirttiği tarihe uygun düşmesi

İki tarafın tanıkları da tarih belirtse ve hayvanın yaşı birinin belirttiği tarihe uygun düşse, belirttiği tarih hayvanın yaşına uygun düşen tarafın lehine hükmedilir. Bu meselede tarihin önceliğine ve sonralığına bakılmaz. Çünkü doğruluk belirtisi, belirttiği tarih hayvanın yaşına uygun düşen tarafın tanıklığında ortaya çıkmıştır. Yalan belirtisi de diğer tanık grubunun tanıklığında ortaya çıkar. Dolayısıyla doğruluk belirtisi ortaya çıkan tanıkların tanıklığı ile hükmedilir. Hayvanın yaşı, belirtilen iki tarihe de uygun düşmüyorsa veya tespit edilmesi mümkün değilse, yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir.

Hanefi fakihlerimizden bir kısmı (rh.a.) şöyle demiştir: Muhammed (rh.a.) iki ayrı durumu bir mesele durumunda ele aldı. Yalnızca bir duruma yani hayvanın yaşının tespit edilmesinin mümkün olmaması durumuna göre hüküm verdi. Hayvanın yaşı, belirtilen iki tarihe de uygun düşmüyorsa, daha önce geçeni "Bir dâvacı olsa ve tanıkları onun on yıl önce mülkiyet hakkına sahip olduğuna tanıklık etse, hayvan da üç[30] yaşında olsa, dâvacının getirdiği delil geçersiz olur" meselesine kıyas edilerek iki delilin de geçersiz olduğu ortaya çıkar. Bu meselede de böyledir. Hayvanın yaşı, belirtilen iki tarihten de farklı olunca hakim, tanıkların rastgele konuştuklarını ve yalancı tanıklık yaptıklarını bilmiştir. Muhammed (rh.a.),

[30] Matbu nüshada ve yazmada (bkz. Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa nüshası No: 650. Varak. 114/b) "otuz" denilmiş ama "üç" olması gerekiyor.

"Kitabu'n-nikah", "Kitabu'l-icare" gibi bazı konularda iki durumu bir meselede ele alıp birine hüküm vermeyi, diğerini hükümsüz bırakmayı çokça yapmıştır.

Ya da Muhammed (rh.a.)'in geçen أَوْ كَانَتْ مُشْكِلَةً (veya yaşı belli değilse) sözündeki "أو" (veya) kelimesi "ve" anlamında olur. Allahu Teâlâ وَأَرْسَلْنَاهُ إِلَى مِائَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ *"Onu yüz bin ve daha çok kişiye peygamber olarak gönderdik"* (es-Saffât 37/147) buyurmuştur. Bu meselede de anlamı, "Hayvanın yaşı belirtilen iki tarihe de uygun düşmüyorsa ve yaşını tespit etmek de mümkün değilse" demektir. Bu durumda verilen cevap doğrudur.

En doğrusu her iki durumda da Muhammed (rh.a.)'in verdiği cevabın doğru olmasıdır. Hayvanın yaşını tespit etmek mümkün olmadığı zaman, doğruluğunda şüphe yoktur. Hayvanın yaşı belirtilen iki tarihe de uygun düşmediği zaman ise tarihin dikkate alınması hak sahibinin hakkını korumak içindir. Burada ise tarihin dikkate alınması ile, her iki dâvacının da hakkı iptal edilmektedir. Dolayısıyla tarih hiç söylenmemiş gibi kabul edilir. Amaçladıkları şeye bakılır. Amaçları da hayvan üzerindeki mülkiyeti ispat etmektir. Bunda ise birbirine eşittirler. Bundan dolayı hayvanın yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü belirtilen tarihi dikkate alsak, iki delil de geçersiz olacak ve hayvan zilyedin elinde kalacaktır. Ancak her iki tarafın tanıkları dâvacıların zilyede karşı mülkiyet hakkı kazandıklarında ittifak etmiştir. Hayvanın zilyede ait olmadığına delil getirilmiş olduğu halde, nasıl onun elinde bırakılabilir?

Hem zilyet olmayandan, hem de zilyet olan bir kumaşı dokuduğuna veya bir hayvanın kendi mülkünde doğduğuna ve onlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğuna delil getirseler, kumaşın ve hayvanın zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü deliller birbirine denk olmuştur. Zilyedin delili, zilyetliği nedeniyle ağır basar.

[17/66]

Hayvanda mülkiyet iddia edenlerin tarihte anlaşmazlığı

Her iki tarafın tanıkları mülkiyet için iki tarih belirtip hayvanın yaşı dâvacının tanıklarının belirttiği tarihe uygun düşüyorsa hayvanın ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü onun tanıklarının tanıklığında doğruluk belirtisi, zilyedin tanıklarının tanıklığında ise yalancılık belirtisi açığa çıkmıştır.

Hayvanın yaşı zilyedin tanıklarının belirttiği tarihe uygun düşüyorsa veya yaşının tespit etme imkânı yoksa, zilyedin olduğuna hükmedilir. Bu ya onun tanıklarının doğru söyledikleri açığa çıktığı için, ya da yaşı tespit edilememesi nedeniyle, tarih belirtme dikkate alınmayacağı içindir.

Bir kimsenin elinde bir kumaş olsa, diğeri o kumaşın kendine ait olduğuna ve onu kendinin dokuduğuna delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse hakim, kumaşın yalnızca bir defa dokunan cinsten olduğunu bilirse, kumaş zilyede ait olur. Birkaç kere dokunabilecek cinsten olduğunu bilirse zilyet olmayan dâvacıya ait olur.

İki kişinin aynı kumaşta mülkiyet iddia etmeleri

Çünkü kumaş, hayvan yavrusu hükmünde değildir. Kumaşın bir veya daha çok dokunan cinsten olduğu anlaşılamıyorsa, dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Bu, Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür. *Mebsût*'un bazı nüshalarında Muhammed (rh.a.) "Bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüdür" demiştir. Sonuç olarak aralarında görüş ayrılığı yoktur. Bunun nedeni, kumaşın hayvan yavrusu hükmünde olmamasıdır. Çünkü hayvan yavrusunun sadece bir defa doğacağı bilinir. Dolayısıyla durumu karışık olan şeyler gerçekten bütün yönlerden bilinen şey anlamında olmaz. Bu durumda genel kurala göre hüküm verilir. Dâvacıya ait olduğuna karar verilir.

Yapımı tekrarlanabilen mallarda mülkiyet anlaşmazlığı

Anlaşmazlık bir kılıcın demiri hakkında olur ve taraflardan her biri kılıcın kendi mülkü olduğuna ve onu kendinin yaptığına delil getirirse hakim demir cilalama işiyle uğraşan bilirkişilere sorar. Çünkü bu, hakimin bilmediği bir şeydir. Dolayısıyla bilgisi olanlara sorar. Çünkü Allahu Teâlâ,

﴿ فاسْألُوا أهْلَ الذِّكْرِ إنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾

"Eğer bilmiyorsanız bilenlere sorun" (en-Nahl 16/43) buyurmuştur. Peygamber (s.a.v.) de,

لا تُنَازِعُوا الْأَمْرَ أهْلَهُ

"Bir işin ehli olan kimselerle anlaşmazlığa düşmeyiniz"[31] buyurmuştur. Bilirkişiler "Bu kılıç ancak bir kere yapılır" derlerse, zilyedin lehine hükmeder. "Böyle kılıçlar iki kere yapılabilir" derlerse veya kaç kere yapılabileceğini bilemezlerse dâvacının lehine hükmeder. Çünkü bu, bütün açılardan hayvan yavrusu hükmünde değildir.

Eğirilmiş bir pamuk hakkında iki kadın anlaşmazlığa düşse iplik, hangisinin elinde ise onun lehine hükmedilir. Çünkü pamuk bir kere eğirilir. Dolayısıyla bu, hayvan yavrusu hükmünde olur. Bu meseleyi şuna delil getirmişlerdir: Bir kimse bir pamuk gasbetse ve mülkünde iken onu eğirse, "Kitabu'l-gasb" ta "Gasbeden pamuğu eğirse ve dokusa" denilmiş ve bu konuya değinilmemiştir. Muhammed (rh.a.) burada bu meseleyi bütün yönlerden hayvan yavrusu hükmünde kabul edince ve hayvanın birinin yanında doğması o hayvan üzerindeki mülkiyetin önceliğine neden olunca, pamuk eğirmenin de eğirilen pamuk üzerindeki mülkiyet önceliğinin eğiren kimseye ait olduğunu anladık. Yün hakkında anlaşmazlığa düşseler, yün bozulup yeniden eğirilen cinsten ise, dâvacının lehine hükmedilir. Keçi kılı ve tiftik hakkındaki hüküm de böyledir. Çünkü bunlar hayvan yavrusu hükmünde değildir. Süs eşyalarında da hakim dâvacının lehine hükmeder. Çünkü süs eşyaları birkaç kere bozulup yeniden yapılabilir.

Taraflar, "Bu evin projesi benimdir" diye iddia edip delil getirse, dâvacı lehine hükmedilir. Çünkü proje birkaç kere yapılmış olabilir. Çünkü bu, bir yer fethedildiği zaman, devlet başkanının arazileri savaşçılar arasında taksim etmesinden ibarettir.

---

[31] Hakim, *Müstedrek*, I/175; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XVIII/247; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, I/91; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, VI/60

Devlet başkanı, savaşçılardan her biri için belli bir arazide sınırlar çizer ve savaşçı oraya devlet başkanının paylaştırması ile sahip olur. Dolayısıyla devlet başkanı onun için planlama yapmıştır. Bu birkaç kere meydana gelmiş olabilir. Şöyle ki fethedilen toprağın sahipleri dinden çıkmış olur ve orasının harp ülkesi olduğuna hükmedilir. Çünkü harp ülkesinin koşulları bulunmaktadır. Sonra Müslümanlar orayı yeniden ele geçirir ve devlet başkanı savaşçılardan her biri için yeniden sınır belirlemesi yapar. Nitekim bunu açıkladık.

Dâva bir yün hakkında olup iki taraf da kendi koyunundan bir kırpımlık yünü olduğuna delil getirse, zilyedin lehine hükmedilir. Çünkü kırpma bir defa olur. Tiftik, ipek ve kıl da böyledir. Dolayısıyla bu, hayvan yavrusu hükmünde olmuştur. [17/67]

Şöyle bir itiraz olabilir: Kırpılmış yün, mülkiyet önceliği için bir neden olmamasına rağmen, nasıl hayvan yavrusu hükmünde olabilir. Çünkü yün, koyunun sırtında iken koyun sahibinin mülkiyetinde idi. Dolayısıyla daha kırpılmadan önce açık bir maldı.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Evet, fakat yün koyunun bir özelliği idi. Ancak kesildikten sonra kastedilen bir mal olmuştur. Bundan dolayı kırpılmadan önce satılması câiz değildir. Bu meselede tarafların anlaşmazlık konusu ise kastedilen bir maldır.

Bahçenin mülkiyeti konusunda görüş ayrılığı

Bir kimsenin elinde bir arazi ve hurmalık olup diğeri, orasının kendi arazisi ve hurmalığı olduğuna ve hurmaları kendisinin diktiğine delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse, arazinin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Üzüm bağı ve ağaç da böyledir. Çünkü asıl anlaşmazlık arazi hakkındadır. Hurmalık araziye tabidir. Bu nedenle arazinin satılmasında anılmaksızın hurmalar da satım kapsamına girer. Her iki taraf için arazide hayvan yavrusu hükmünde bir şey yoktur. Diğer yandan hurma ağacı birkaç kere dikilebilir. Birisi hurmayı diker, diğeri söker, yeniden diker. Bu nedenle hurma ağacı hayvan yavrusu hükmünde değildir.

Dâva buğday hakkında olup iki taraf da buğdayı kendi toprağına ektiğine delil getirse, buğdayın dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü ekin, birkaç defa ekilebilir. Buğday bir toprağa ekilir. Sonra toprak sürülüp buğday ayrılır. Sonra yeniden ekilir. Bundan dolayı buğday üreyen hayvan anlamında değildir.

Ekin dikilmiş olan bir arazi için, taraflardan her biri toprağın ve ekinin kendine ait olduğuna ve toprağa kendisinin ektiğine delil getirse, yine dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü asıl anlaşmazlık toprağın mülkiyetindedir. İki taraf için de toprakta hayvan yavrusu hükmü yoktur.

Bir kimsenin elinde pamuk veya keten olup zilyet olmayan birisi ve zilyetten her biri onu toprağına kendisinin ektiğine delil getirse, yine dâvacının lehine hüküm verilir.

Çünkü açıkladığımız üzere bir toprak birkaç defa ekilebilir. Tartılan (veznî) olsun, hacim ölçüsü kullanılan (keylî) olsun ekilen türden olan diğer şeyler de böyledir.

Bu, yüne ve tiftiğe benzemez. Çünkü bir kimse başkasının toprağını ekebilir. Ekin, eken kimseye ait olup mal sahibinin, toprağından çıkması nedeniyle hakkı bulunmayabilir.

Yün ve tiftik ise yalnızca koyun sahibine ait olur. Zilyedin elinde olan koyunun onun mülkiyetinde olması, ondan kırptığı yünün de kendisine ait olmasını gerektirir. Ekinin, zilyedin elinde olan arazide olması ise ekinin onun mülkiyetinde olmasını gerektirmez. Ayrıca kırpmak, hayvan yavrusu hükmündedir. Ekmek ise hayvan yavrusu hükmünde değildir. Çünkü bir tarlayı birkaç defa ekmek mümkündür. Bu nedenle ekinin dâvacıya ait olduğuna hükmettik.

Bir kimsenin arazisindeki pamuk henüz sökülmemiş olup diğeri o arazinin kendisine ait olduğuna ve pamuğu kendisinin ektiğine delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse, pamuğun dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü asıl anlaşmazlık arazi hakkındadır. İki taraf için de arazi hayvan yavrusu hükmünde değildir.

[17/68] Bu anlaşmazlık bir ev hakkında olup iki taraf da evin kendine ait olduğuna ve onu kendi malıyla yaptığına delil getirse, evin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü bina birkaç defa yapılabilir. Dolayısıyla hayvan yavrusu hükmünde olmamıştır.

Bir kimsenin elinde bir câriye olsa, zilyet ile başka birisi câriyenin kendine ait olduğuna, kendi mülkiyetinde iken doğduğuna delil getirseler, câriyenin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü insanlar hakkında doğum, hayvanlardaki doğum hükmündedir.

Dâvacı o câriyenin, dâvalının elinde olan annesinin kendi câriyesi olduğuna, bu câriyeyi kendi mülkiyetinde iken doğurduğuna, zilyet de aynı şeye delil getirseler, câriyenin ve annesinin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü dâvanın asıl konusu annedir. Tarafların ise hayvan yavrusu hükmünde olan bir delili yoktur. Bundan dolayı annenin dâvacıya ait olduğuna hükmetmek gerekir. Ayrıca anneye malik olmakla çocuğa da malik olunur. Dolayısıyla annenin dâvacıya ait olduğuna hükmetmek, zorunlu olarak çocuğun da ona ait olduğuna hükmetmektir.

Dâva yün hakkında olup dâvacı yünün, şu koyundan kırpıldığına, onun da kendi mülkiyetinde olduğuna, zilyet de elinde olan başka bir koyundan kırpıldığına delil getirseler, yünün zilyede ait olduğuna hükmedilir.

Dâvacı, "Dâvalının elinde olan bu koyun bana aittir. Kırptığı bu yün de benim mülkümden elde edilmiştir" diye iddia edip delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse dâvacının lehine hükmedilir.

Çünkü dâva, koyunun mülkiyetinin kime ait olduğu hakkındadır. Her iki taraf da getirdikleri delillerle koyun üzerinde mutlak mülkiyetlerini ispat etmişlerdir. Bundan dolayı dâvacının delili tercih edilir. Sonra asla (koyuna) malik olan kimse yününe de sahip olur.

Şöyle bir itiraz yapılırsa: Yün ve doğan câriye, asla (koyuna ve anneye) sahip olan kimseye ait olmayabilir. Şöyle ki mal sahibi câriyesinin karnındaki çocuğu bir kimseye, câriyenin kendisini de başka birisine, koyunu bir kimseye, yününü başka bir kimseye vasiyet edebilir.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Asla malik olmakla doğan çocuğa ve yüne malik olunabilir. Ancak mal sahibi vasiyet gibi bir neden meydana getirerek başkasını malik kılabilir.

Bir kimse birisinin elindeki kölenin kendi kölesi olduğuna, mülkiyetinde iken falanca câriyesi ile falanca kölesinden doğduğuna delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse, kölenin zilyede ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü o, mülkiyet önceliğinin kendisine ait olduğunu ispat etmiştir. Dolayısıyla dâva konusu köle, diğerinin değil, zilyedin kölesi ile câriyesinin oğlu olur. Çünkü onun delili, hakimin mülkiyete hükmetmesi ile kuvvetlenince diğer delil reddedilmiştir. Onunla mülkiyete hükmedilmediği gibi, nesebe de hükmedilmez.

Zilyet olmayan kimse onun kendi kölesi olduğuna, falancadan satın aldığına, satın aldığı kimsenin mülkünde doğduğuna delil getirse, zilyet de onun kendi kölesi olduğuna, başka bir kimseden satın aldığına ve onun mülkünde doğduğuna delil getirse, kölenin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü her ikisi de satın aldığı kimsenin köleye doğum yoluyla sahip olduğunu ispatlamak konusunda dâvada taraftır.

İki satıcı gelse ve kölenin kendi mülkünde iken doğduğuna delil getirseler; zilyet daha öncelikli olur. Bu da böyle olmalıdır.

Zilyet olmayan dâvacı, kölenin satıcının mülkünde doğduğuna, zilyet de kendi mülkünde doğduğuna delil getirseler, zilyedin delili daha önceliklidir. Bunun nedenini açıkladık.

Bir kimse, miras, vasiyet ve teslim alınmış bağış yoluyla bir köleyi bir kimseden aldığına ve kölenin o kimsenin mülkünde iken doğduğuna delil getirse, hüküm yine böyledir. Çünkü mülkiyet hakkını, miras bırakan veya vasiyet eden kimse tarafından elde etmektedir. Bundan dolayı bir kölenin, onun mülkünde iken doğduğunu ispatlamak konusunda onun adına dâvada taraf olur.

Bir kimse, birisinin elindeki kölenin kendi kölesi olduğuna ve kendi mülkünde doğduğuna delil getirse, ancak tanıkları annesinin ismini söylemese, diğeri de **[17/69]**

onun kendi kölesi olduğuna ve kendi mülkünde iken şu câriyeden doğduğuna delil getirse, kölenin annesi kimin elinde ise onun olduğuna hükmedilir.

Çünkü deliller ispat fazlalığı ile diğerlerine tercih edilir. Kölenin annesini belirleyen tarafın delilinde ispat fazlalığı vardır. Çünkü annesinden nesebi ispat edilmektedir. Bu nedenle onun delili tercih edilir. Zilyedin tanıkları kölenin onun olduğuna ve câriyesinden mülkünde iken doğduğuna delil getirse kölenin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü zilyet olmayanın doğum hakkındaki delili zilyedin deliline denk olamaz. Annesi ise köle hakkında delil getiren ve köle elinde olan kimseye ait olur. Çünkü mülkiyetin kendisine ait olduğunu getirdiği delil ile kölenin annesi hakkında anlaşmazlığı olan başka kimse kalmamıştır. Bundan dolayı delil köle elinde olup delil getirenin lehine hükmedilir.

Bir kimse birisinin elindeki kölenin kendi kölesi olduğuna ve kendi mülkünde iken falanca câriyesi ile falanca kölesinden doğduğuna delil getirse, diğer taraf da aynı şeye delil getirse, yarı yarıya ikisine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü doğumun mülkiyet hakkına sahip iken olduğu konusunda getirdikleri delillerde birbirine eşittirler.

Bu durumda köle iki köleden ve iki câriyeden doğmuş kabul edilir. Nesebinin iki köleden sabit olması Hanefi âlimlerine göredir.

Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise erkekler ister özgür olsun, ister köle olsun çocuğun nesebi iki erkekten sabit olmaz. Dâvacıların buluntu bir çocuğun kendi çocuğu olduğunu iddia etmeleri ile bir câriyenin doğurduğu çocuğun kendi çocuğu olduğunu iddia etmeleri arasında da fark yoktur. Bu durumda, nesep ilmini bilen kimsenin sözüne başvurulur. O, çocuğun dâvacının çocuğu olduğunu söylerse çocuğun nesebi o kimseden sabit olur.

Nesep ilmini bilen kimsenin bulunmadığı bir yerde iseler dâvacılar arasında kura çekilir. Çocuğun kurayı kazanan kimsenin çocuğu olduğuna hükmedilir.

Nesebin tespitinde, uzman görüşünün etkisi

Şâfiî (rh.a.), bir çocuğun nesebinin iki kimseye bağlanamayacağı görüşüne şöyle delil getirmiştir: Çocuğun nesebinin babasından sabit olması onun sperminden yaratılmış olması nedeniyledir. Biz onun, iki kişinin sperminden yaratılmadığını kesin olarak biliyoruz. Çünkü onlardan her biri anne gibi, çocuğun aslıdır. Bu yumurta ile civciv, buğday ile tohum gibidir. İki tohumdan çıkmış bir başaktan bir ekin çıkması (veya iki yumurtadan bir civciv çıkması) düşünülemediği gibi iki kişinin spermlerinden bir çocuk olması da düşünülemez. Çünkü iki kişinin spermlerinin aynı anda bir kadının rahmine ulaşması düşünülemez. Spermler birisi rahme ulaşınca ise rahim kapanır. Artık ikinci sperm rahme ulaşamaz. Nesebin her ikisine ait olduğuna hükmetmek mümkün olmayınca, nesep ilmini bilen kimsenin sözüne başvurulur. Çünkü Ayşe (r.a.), şöyle rivayet etmiştir: "Resûlüllah (s.a.v.) yanıma girdi. Sevinçten yüzü parlıyordu. "Baksana Ayşe! Usame ve Zeyd bir yorganın altında, başları örtülü, ayakları açık bir şekilde uyurken Mücezziz (hadis

kaynaklarında isim böyle kaydedilmiş) el-Müdlicî onların yanından geçti ve "Bu ayakların biri diğerinden" dedi" buyurdu.

Resûlüllah (s.a.v.)'ın nesep ilmini bilen bu kişinin (kaifin) sözüne sevinmesi, bu ilmi bilenlerin sözünün nesep konusunda delil olacağını göstermektedir. Diğer yandan nesep ilmini bilen kimse aradaki benzerliğe bakar. Dâvalarda da benzerliğe bakılır. Nitekim ev eşyası hakkında siz Hanefîler şöyle dediniz: Karı-koca ev eşyasında anlaşmazlığa düşünce erkeklere uygun olan eşyalar kocanın, kadınlara uygun olan eşyalar da kadının olur. Yine kiraya verenle kiracı, eve konmuş olan bir tablonun/levhanın kime ait olduğunda anlaşmazlığa düşseler, tablodaki nakışlar, tavandaki nakışlara benziyorsa ve duvardaki yeri de görünüyorsa, kiraya verenin sözü kabul edilir. Tavandaki nakışlara benzemiyorsa, kiracının sözü kabul edilir.

Nesep ilmini bilen kimsenin bulunmadığı yerde ise kura çekilir. Nitekim ikrar olduğunda, hak sahibini belirlemek için kura çekmek Şâfiî (rh.a.)'nin görüşüdür. Ali (r.a.)'de Yemen'de iken nesep dâvasında kura çekmiştir. [17/70]

Nesep uzmanının sözüne itibar etmenin geçersiz olduğu konusunda bizim delilimiz şudur: Allahu Teâlâ, karı koca arasında lanetleşme (liân) hükmünü koymuş ve liân sonucunda, nesep uzmanına başvurulmasını emretmeyip nesebi yok saymıştır. Nesep uzmanının sözü delil olsa Allah (c.c.) karışıklık olduğu zaman ona başvurulmasını emrederdi. Diğer yandan nesep uzmanının sözü bilinmeyene (gayba) taş atmaktır ve Allahu Teâlâ'nın, bilgisini kendisi için ayırdığı bir şeyi yani rahimlerde olan şeyi bildiğini iddia etmektir. Allahu Teâlâ,

ويعلم ما في الأرحام

"Rahimlerde olanı O bilir" (Lokman 31/34) buyurmuştur. Onun bu iddiasında hiçbir delili yoktur. Sözü delil olmayınca o kimse, muhsan (namuslu) kadınlara zina suçlamasında bulunmuş ve çocukları babalarından başkasına nispet etmiş olur. Sırf benzerlik, nesep konusunda dikkate alınmaz. Çünkü çocuk yakın babasına benzemeyip uzak babasına (dedelerinden birine) benzemiş olabilir. Bu durumda çocuk, dâva sırasında yabancılara bağlanacaktır.

Nitekim birisi, Peygamber (s.a.v.)'e gelerek "Benim tenim son derece koyu/siyah renklidir. Şimdi eşim beyaz tenli bir çocuk doğurdu. Bu çocuk benden değildir" dedi. Resûlüllah (s.a.v.) ona "Senin develerin var mı?" buyurdu. O "Evet" dedi. Peygamber (s.a.v.) "Renkleri nedir" buyurdu. O "Kırmızı" dedi. Peygamber (s.a.v.), "Boz renkli olan var mı?" buyurdu. O "Evet" dedi. Peygamber (s.a.v.) "Peki bunun nedeni nedir" buyurdu. O "Daha önceki bir damara çekmiş olabilir" dedi. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.),

ولعل هذا عرق نزع

"Bu çocuk da daha önceki bir damara çekmiş olabilir"[32] buyurdu. Böylece Peygamber (s.a.v.), benzerliğin dikkate alınamayacağını açıklamıştır.

Ev eşyasında bize göre tercih benzerlikle değil, kullanımladır. Tablo konusunda da benzerlikle değil, görünürde olan durum ile tercih yapılmıştır.

Görmez misin bir ayakkabıcı ile koku satan bir kimse, ayakkabıcıların kullandığı bir âlet hakkında anlaşmazlığa düşseler, ayakkabıcı benzerlik nedeniyle öncelik kazanmaz. Usame (r.a.)'nin nesebi de nesep uzmanının sözü ile değil, firâş (meşru ilişki) ile sabit olmuştur. Ancak Usame ile babasının renkleri farklı olduğu için müşrikler onlar hakkında ileri geri konuşuyor, nesep uzmanlarının bunu bileceğine inanıyorlardı. Nesep ilminde uzmanlaşmış olan kabile de Müdlic oğulları idi. Mücezziz de o kabiledendi. O sözü söylemekle müşriklerin asılsız iddialarını inkar etmiş oldu. Resûlüllah (s.a.v.) da nesep uzmanının sözü nesep konusunda dînen delil olduğu için değil, belirttiğimiz nedenle sevinmiştir.

Kölenin nesebinin iki dâvacıdan sabit olacağı konusunda delilimiz Ali ve Ömer (r.a.) hakkında anlatılan iki olaydır. (Şurayh böyle bir olayı Ömer (r.a.)'e mektupla bildirdi. O da cevaben şöyle dedi): Dâvacılar sularını karıştırmışlarsa (çocuğun hangisinden olduğunda anlaşmazlığa düşmüşlerse), hüküm de karıştırılmıştır. Şayet böyle bir karışıklığa meydan vermeselerdi, haklarında net bir hüküm verilirdi. Çocuk ikisinin oğludur. İkisine mirasçı olur. Onlar da çocuğa mirasçı olur. Dâvacılardan hangisi hayatta kalırsa çocuğun nesebi ona ait olur.

Bu hükmün anlamı şudur: Dâvacılar hak elde etme nedeninde birbirine eşit olmuştur. Dâva konusu da ortaklığı kabul etmektedir. Bundan dolayı hak elde etme bakımından birbirine eşit olurlar.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Çocuğun nesebinin bir kimseden sabit olması, gerçekten onun spermi olduğundan dolayı değil, babanın firâş (eşiyle cinsel ilişkide bulunma) hakkından dolayıdır. Çünkü çocuğun, babasının sperminden olduğunu, cinsel ilişkiye bakarak bile bilmek mümkün değildir. Çünkü bu, cinsel ilişkide bulunan eşlerden başkasına gizli bir şeydir. Bundan dolayı din kolaylık için, onun yerine firâş hakkını (yatak hakkı) koymuştur. Peygamber (s.a.v.),

اَلْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ *"Çocuğun nesebi meşru ilişki hakkına sahip olan kimseye aittir"*[33] buyurmuştur.

[17/71] Bu meselede iki tarafın delilleri de bilinen firâş hakkına dayanmıştır. Nesepten amaçlanan hüküm ise miras, nafaka, hıdane (çocuğun bakımı)ve terbiyedir. Bunlar ortaklığı kabul eder. Bundan dolayı çocuğun nesebinin ikisine ait olduğuna hükmedilir. Şâfiî (rh.a.)'nin "Çocuğun iki ayrı kişinin sperminden yaratılması düşünülemez" sözünün cevabı budur. Çünkü görünürdeki neden, kolaylık için gizli

---

[32] İbn Mâce, Nikâh 58; Tirmizî, Velâ 3; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/410.

[33] *Muvatta*, Akdiye 21; Buhârî, Buyû' 3; Müslim, Radâ 36; Ebû Dâvûd, Talak 33; Tirmizî, Radâ 8.

olan anlamın yerine konulunca gizli olan anlam dikkate alınmaz. Bununla birlikte birinin kadınla cinsel ilişkiye girmesi ve spermin rahme ulaşmaması, ikinci kişi cinsel ilişkiye girince, iki meninin karışıp rahme birlikte ulaşması ve çocuğun o karışık spermden yaratılmış olması mümkündür. İki yumurta ve iki tohum ise böyle değildir. Çünkü onların birbirine karışması düşünülemez.

Nesep iddia eden dâvacılar ikiden çok ise, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ne kadar çok olurlarsa olsunlar, çocuğun nesebi hepsinden sabit olur. Kıyasın gerektirdiği hüküm budur. Nitekim bunu açıkladık. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise, dâvacılar ikiyi geçtiği zaman nesep sabit olmaz. Çünkü iki dâvacı olması durumunda nesebin sabit olması Ömer ve Ali (r.a.)'nin uygulamaları nedeniyledir. İkiden fazla dâvacı olması durumunda karşı görüş sahibinin (Şâfiî'nin) tutunmuş olduğu kıyasa göre hüküm verilir. Çünkü nesebin on ve daha fazla kişiden sabit olması imkansızdır. Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: Dâvacıların sayısı üç kişi olduğu zaman nesep sabit olur. Çünkü çoğulun en azı üçtür. Üçten fazlası için ise bir son yoktur. Daha fazlasının câiz olduğunu söylemek aşırı belirsizliğe neden olur. Bundan dolayı çoğulun en azını kabul ettim. "Nesep üç kişiden sabit olur, daha çok kişiden sabit olmaz" dedim.

İki kadının buluntu bir çocuğu iddia etmeleri

İki câriyede Ebû Hanîfe'ye göre nesep sabit olur. Özgür iki kadın buluntu bir çocuğun kendi çocukları olduğunu iddia edip delil getirseler yine böyledir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise nesep iki kadından kesinlikle sabit olmaz. Bu konuda delilleri şudur: Nesebin bir kadından sabit olma nedeni, çocuğun kendisinden doğmasıdır. Bundan dolayı zina eden kadından da sabit olur. Bu, tespit edilebilen gözle görülebilir bir nedendir. Dolayısıyla burada gerçeğe bakılır. Bir çocuğun iki kadından doğması düşünülemez. Bundan dolayı tanık gruplarından birinin yalan söylediği kesin olarak bilinmiş olur. Ancak hangisinin doğru, hangisinin yalancı olduğu bilinemez. Bu nedenle getirdikleri deliller geçersiz olur. İki erkek ise böyle değildir. Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi, nesebin erkekten sabit olma nedeni meşru ilişki hakkına sahip olmasıdır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Evet, bu nesebin iki kadından sabit olması gerçekte mümkün değildir. Fakat nesepten amaçlanan şey, nesebin kendisi değil, hükmüdür. Anne açısından nesebin hükmü hıdane (çocuk bakımı) ve terbiyedir. Bu hüküm ortaklığı kabul eder. Bundan dolayı hüküm ispat etmek için her iki delil de kabul edilir. Nedenin söylenmesi mecaz yoluyla hükümden kinaye olmuş olur.

Bu, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin şu görüşünün benzeridir: Bir kimse kendisinden daha yaşlı olan kölesi hakkında "Bu benim oğlumdur" dese, köle özgür olur. Sözünün açık anlamı imkansız ise de, sözü mecazen hükümden kinaye olur.

Ebû Yusuf'la Muhammed (rh.a.)'in görüşü, hayvan yavrusunu iddia etme ile geçersiz olmaktadır. Çünkü bir koyunun iki koyundan doğması imkansız bir şeydir.

Bununla birlikte zilyet olmayan iki dâvacı bunu delil getirerek ispatlarsa istenilen hüküm ile yani mülkiyet ile hükmedilir. Mülkiyet ortaklığı kabul eder. Bu da böyle olmalıdır.

Bir kimsenin elinde içi pamuk ile doldurulmuş bir kaftan olsa, diğeri o kaftanın kendine ait olduğunu, kumaş mülkiyetinde iken onu kesip içine pamuk doldurduğunu ve diktiğini iddia etse, zilyet de aynı şeye delil getirse, dâvacının olduğuna hükmedilir.

[17/72] Çünkü bir şeyin içine pamuk doldurmak ve dikmek birden çok defa olabilir. Bundan dolayı bu hayvan yavrusu hükmünde olmaz. İçi pamuk dolu olan cübbe, kürk ve kesilen biçilen giysi, örtü, yastık gibi şeyler de böyledir. Çünkü bunlar birden çok yapılabilen şeylerdir. Usfur, zaferan, ya da vers ile boyanmış olan kumaş da böyledir. Zilyet olmayan dâvacı ve zilyet, kumaşı mülkünde iken boyadığına delil getirse, kumaş dâvacıya ait olur. Çünkü kumaş birkaç kere boyanabilir. Önce bir renkle boyandıktan sonra başka bir renkle boyanabilir. Bundan dolayı hayvan yavrusu özelliğine sahip değildir.

Demir ve bakır eşyalar da böyledir. Yalnızca bir defa boyandığı bilinmediği sürece dâvacının olduğuna hükmedilir. Bir defa boyandığı bilinmesi durumunda ise yavru/yavrulama özelliğinde olur. Kapılar, koltuklar ve sandalyeler de böyledir. Her iki taraf da kendi mülkünde imal ettiğine delil getirse, iddia ettiği şey yalnızca bir defa yapılabilen türden ise, zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü hayvan yavrusu özelliğinde olur. Birden fazla yapılabiliyorsa veya birden fazla yapılıp yapılamadığı bilinmiyorsa, dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü hayvan yavrusu özelliğinde değildir. Mestler, ayakkabılar ve külahlarda böyledir.

Dâva; tereyağı, zeytinyağı veya bitkisel yağ hakkında olup her iki taraf da yağın kendisine ait olduğuna ve onu kendi mülkünde iken sıkıp yaptığına delil getirse, zilyedin olduğuna hükmedilir. Çünkü bu, ancak bir defa olur. Dolayısıyla hayvan yavrusu anlamındadır. Kavut, meyve suyu, sirke, peynir gibi şeyler de böyledir.

Derisi yüzülmüş olan koyun da böyledir. Her iki taraf da onun kendi koyunu olduğuna, kesip derisini yüzdüğüne delil getirse, dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü boğazlamak ve deri yüzmek mülkiyet nedeni değildir.

Görmez misin gasbeden kimse gasbettiği hayvanı boğazlamakla ve derisini yüzmekle ona sahip olmaz. Dolayısıyla bu, mülkiyet hakkının önceliğini ispat etmek konusunda hayvan yavrusu özelliğinde değildir. Bundan dolayı dâvacıya ait olduğuna hükmettik.

Zilyet olmayan iki kişinin mülkiyet dâvasında bulunması

Zilyet olmayan iki kimse bir hayvana sahip olduğunu iddia edip birisi mutlak mülkiyete, diğeri o hayvanın kendi mülkiyetinde doğduğuna delil getirse, hayvan yavrusunun kendi yanında doğduğunu iddia eden kimseye ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü mülkiyetinin önceliğini ispat etmiştir. Hayvanın mülkiyeti ancak onun tarafından bir nedenle (satış, bağış v.b.) başkasına geçer. Diğer dâvacı ise mülkiyet hakkını onun tarafından elde ettiğini iddia etmemektedir.

Muhammed (rh.a.) *el-Asl*'da Kadı Şurayh (rh.a.)'ın şöyle dediğini nakletmiştir: "Doğumu iddia eden kimse, mutlak mülkiyet dâvacısından daha çok hak sahibidir"

Dâva kızartılmış bir et veya balık hakkında olup zilyet ile zilyet olmayan iki kişi, onu kendi mülkünde kızarttığına delil getirseler, dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü kızartma birden çok defa yapılabilir. Çünkü et kızartıldıktan sonra yeniden kızartılabilir. Bundan dolayı yavru anlamında olmaz.

Yine taraflardan her biri, bir mushafın kendine ait olduğuna ve onu mülkünde iken yazdığına delil getirse, dâvacıya (zilyet olmayana) ait olduğuna hükmedilir. Çünkü yazmak mülkiyet nedeni değildir. Tekrar edilebilir. Bir şey yazılır, sonra silinir ve yeniden yazılır. Bundan dolayı dâvacının lehine hüküm verdik.

Dâva bir câriye hakkında olup dâvacılardan birisi, onun kendi câriyesi olduğuna ve kendi mülkünde iken doğduğuna, diğer dâvacı da câriyenin kendine ait olduğuna ve kendinden çalındığına delil getirseler, doğum iddia eden kimsenin lehine hükmedilir. Hırsızlığa tanıklık edenler, (hırsızlık yerine) câriyenin bu kimseye ait olduğuna ve ondan kaçtığına, ya da zilyedin ondan gasbettiğine tanıklık etseler, câriye yine doğum iddia eden kimseye ait olur. Çünkü onun getirdiği delil, mülkiyet önceliğini ispatlamaktadır. Diğer delilde ise böyle bir ispat yoktur. Bundan dolayı doğum iddia eden kimsenin mülkiyet hakkını elde etmesi daha önce olmuş olur.

Hayvan hakkında da böyledir. Taraflardan birinin tanıkları, hayvanın, lehine tanıklık ettikleri kimsenin mülkünde iken doğduğuna, diğerinin tanıkları hayvanın lehine tanıklık ettikleri kimseye ait olduğuna ve onu zilyede kira, ödünç veya rehin olarak verdiğine tanıklık etseler, hayvan yavrusunun kendi yanında doğduğunu iddia eden tarafa ait olur. Çünkü onun tanıklarının tanıklığı mülkiyetin önceliğini göstermektedir. **[17/73]**

Bir kimse başka birinin elindeki bir kumaş olup diğeri o kumaşı kendisinin dokuduğuna delil getirse, ancak tanıklar kumaşın onun olduğuna tanıklık etmeseler, hakim onun lehine hükmetmez.

Çünkü tanıklar onun malik olduğuna açık ifade ile tanıklık etmemişlerdir. Bir kimse başkasının kumaşını onun izniyle dokumuş olup kumaşın sahibi olmayabilir. Nitekim dokumacı başkalarının kumaşlarını dokur.

Bir işi yapmanın, yapılanda mülkiyet ifade etmemesi

Yine bir kimse bir hayvanın kendi yanında doğduğuna veya bir câriyenin kendi yanında doğduğuna tanık getirse bu söz, dâvacının mülkiyetine tanıklık

etmek anlamına gelmez. Bu nedenle dâvacı bu tanıklıkla mülkiyet hakkı elde edemez. Aynı şekilde tanıklar, bir câriye hakkında "Bu falanca kimsenin câriyesinin kızıdır" diye tanıklık etseler, bu söz mülkiyet ifade eden bir tanıklık değil, nesep tanıklığıdır.

Görmez misin bir kimse, kızı başkasının elinde olan bir câriye satın alabilir. O kız, satın alan kimsenin câriyesinin kızıdır. Fakat onun mülkü değildir. Yahut kız câriyeden doğduktan sonra onun kızı olur. Fakat mülkü olmaz.

Yine tanıklar bir kimsenin pamuğu eğirip kumaşı dokuduğuna tanıklık etseler, onun lehine hükmedilmez. Çünkü pamuğa malik olmak, eğirilmiş ipin ve kumaşın mülkiyetine neden olmaz. Bir kimse birinin pamuğunu gasbedip eğirse ve dokusa, pamuğa malik olmasa da, kumaş onun mülkü olur. Pamuğu gasbedilen kimse de pamuğun maliki idi. Fakat bu mülkiyete dayanarak ondan dokunan kumaş üzerinde mülkiyet elde edemez. Dolayısıyla bu sözde açık ifade ile mülkiyete tanıklık etme yoktur.

Bir kimse "Ben ona pamuğu eğirmesini ve dokumasını emrettim" dese, kumaşın ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü bu kimsenin verdiği emir ile başkasının yaptığı iş, bizzat kendisinin yaptığı iş gibidir. Pamuğu eğirip dokuyan kimse, dâvacının emir verdiğini inkar etmekle kumaşa malik olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla delil olmadan doğrulanmaz.

Tanıklar, "Bu buğday, falancanın tarlasından biçilmiş olan ekindendir" diye tanıklık etseler, bunun üzerine tarla sahibi buğdayı almak istese alması câiz olmaz.

Tarlaya mâlik olmanın ürüne de mâlik olmayı gerektirmesi

Ebû Hafs (rh.a.)'ın rivayetinde "Buğdayı alabilir" demiştir. Çünkü tanıklar, tarlanın hem mülkiyetini, hem zilyetliğini ona bağlamışlardır. Dolayısıyla tarlasında olan ekin onun elindedir. Bu, tanıkların "Zilyet buğdayı tarla sahibinin elinden almıştır", diye tanıklık etmesi gibidir. Böyle tanıklık etmeleri durumunda ise zilyedin buğdayı geri vermesi emredilir.

Ebû Süleyman (rh.a.)'ın rivayetinin dayanağı şöyledir: Tanıklar tarla sahibinin ekine malik olduğuna tanıklık etmemişlerdir. Tarlanın mülkiyetini ona nispet etmişlerdir. Tarla onun mülkiyetinde olup içindeki ekin başkasının mülkiyetinde olabilir. Örneğin, bir kimse birinin tarlasını gasbedip ekmiş olabilir.

Aynı şekilde tanıklar ekin ve tarla hakkında zilyetliğe açıkça tanıklık etmiş değillerdir. Çünkü bir tarlanın birinin mülkiyetinde olması zorunlu olarak o tarlanın zilyedi olmasını gerektirmez. Bundan dolayı lehine tanıklık edilen kimse hiçbir hak elde edemez.

Tanıklar "Bu buğday, onun tarlasında olan ekindendir" veya "Bu kuru hurma, onun bahçesindeki hurma ağaçlarındandır" ya da "Bu kuru üzüm, onun bağında olan asmalardandır" diye tanıklık etseler hüküm yine böyledir. Çünkü tanıklar, dâva konusu şeyi, ne mülkiyet olarak, ne de zilyetlik olarak o kimseye

bağlamışlardır. Bir tarladaki hurmanın veya bir bağdaki üzümün mülkiyet ve zilyetliği tarla sahibinden başkasına ait olabilir.

Buğday elinde olan kimse bunu ikrar etse, buğday elinden alınır. Çünkü mal sahibinin mülkünden aldığını ikrar etmiştir. Bir kimsenin mülkünden aldığını ikrar etmek ise, bizzat elinden aldığını ikrar etmek hükmündedir. Bundan dolayı geri vermesi emredilir. Çünkü ikrar, hakim hükmü olmaksızın kendiliğinden mülkiyeti gerektirir. İkrarında doğru ve yalan olma olasılığının bulunması, ikrarın görünüşü ile uygulama yapmamıza engel olmaz. Tanıklık ise hakkı ancak hakimin hükmü ile gerektirir. Hakim de yalnızca tanıklık edilen şeye hüküm verir. Tanıklıkta dâvacının mülkiyeti veya zilyetliği açıkça ifade edilmeyince dâva konusu şeyin dâvacının olduğuna hükmedilmez. [17/74]

Aradaki fark şöyle açıklanabilir: Zilyedin ikrarında buğdayın daha önce tarla sahibinin elinde olduğu belirtilmiştir. Zilyet "Dün buğday bu kimsenin elinde idi" demiş gibi olur. Dolayısıyla ona geri vermesi emredilir. Tanıklıkta da böyledir. Ancak tanıklar "Dün buğday bu kimsenin elinde idi" diye tanıklık etseler, lehine tanıklık edilen kimse bu tanıklıkla hak elde edemez.

Tanıklar "Bu kimse bu hurmayı falancanın hurmalığından almıştır" diye tanıklık etse, hurmanın lehine tanıklık edilen kimseye ait olduğuna hükmedilir. Bu, bir kimsenin hurmayı falanca kimsenin bizzat elinden aldığına tanıklık etmeleri hükmündedir. Çünkü bahçe sahibinin hurmalığında olan hurma onun elinde demektir.

Tanıklar "hurmanın falanca kimsenin hurmalığından çıktığına ve onun ağaca sahip olduğuna veya bir kölenin falanca kimsenin câriyesinden doğduğuna ve o kimsenin câriyeye sahip olduğuna tanıklık etseler, tanıklık konusunun tamamının, lehine tanıklık edilen kimseye ait olduğuna hükmedilir. Çünkü çocuğun onun mülkünden kaynaklandığını açıkça ifade etmişlerdir. Bir kimsenin mülkünden meydana gelen şeyde vasiyet vb. bir yolla başkası ona malik oluncaya kadar, asıl mülk sahibinin olur. Dolayısıyla bu tanıklıkla, dâva konusu malda mülkiyete tanıklık etmek aynıdır. Tanıklar "Bu buğday, falancanın ekinindendir" diye tanıklık etseler hüküm yine böyledir. Çünkü mülkiyeti ona bağlamıştır. Bu buğdayın da ondan bir parça olduğuna tanıklık etmişlerdir. Çünkü "den dir" anlamına gelen مِنْ harfi, ondan olduğunu ifade eder. Dolayısıyla bu, ekin sahibinin buğdaya malik olduğuna açıkça tanıklık etmek demektir.

Tanıklar "Bu kuru üzüm, falanca kimsenin asmalığındandır" veya "Bu kuru hurma falanca kimsenin hurmalığındandır" diye tanıklık etseler, mülkünden kaynaklanan bir artışa tanıklık ettikleri için lehine tanıklık edilen kimsenin mülkiyetine hükmedilir.

Tanıklar "Falanca kimse bu kumaşı başkasının mülkü olan pamuğu eğirerek dokumuştur" diye tanıklık etseler, ben pamuğu eğiren kimsenin o miktarda pamuğu ödemesine hükmederim.

Çünkü açıkladığımız üzere pamuğa malik olmak kumaşa malik olmanın nedeni değildir. Fakat başkasının pamuğunu eğirip dokuyan kimse o kumaşa malik olur. O miktarda pamuğu sahibine öder.

Pamuk sahibi "Ben ona pamuğu eğirip dokumasını emrettim" dese kumaşı alır. Çünkü onun pamuğa malik olduğunda ittifak etmişlerdir. Pamuğu eğirip dokuyan kimse ödeme yükümlülüğü ile kumaşa malik olduğunu iddia etmekte, pamuk sahibi ise bunu inkar etmektedir. Dolayısıyla onun sözü kabul edilir. Nitekim satım akdi yoluyla mülkiyet hakkını ondan aldığını iddia etse ve diğeri inkar etse hüküm yine böyle olacaktır.

Tanıklar "Falanca kimse, filan kimsenin mülkiyetinde olan buğdayı öğütüp un yaptı" diye tanıklık etseler o buğdayın dengini ödemesine hükmedilir.

Buğday sahibi "Ona ben emrettim" derse unu alır. Nitekim bunu açıkladık.

Bir kimsenin elinde tavuk veya bir kuş olup diğeri kuşun kendine ait olduğuna ve kendi mülkünde civcivlediğine delil getirse, zilyet de aynı şeye delil getirse, zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü bu, hayvan yavrusu hükmündedir. Tekrar etmez. Dâvacı, bu tavuğun çıktığı yumurtanın kendine ait olduğuna delil getirse tavuğun ona ait olduğuna hükmedilmez. Fakat tavuk sahibinin, yumurtanın dengini ödemesine hükmedilir. Çünkü yumurtaya sahip olmak, tavuğa sahip olmanın nedeni değildir. Bir kimse bir yumurtayı çalıp başka bir tavuğun altına koyarak civciv çıkartsa, civciv gasbedene ait olur. Gasbettiği yumurtanın dengini ödemekle yükümlü olur. Bu, doğuma ve yavrulamaya benzemez. Çünkü bir kimse bir câriyeyi veya bir hayvanı gasbetse, câriye onun yanında doğum yapsa, doğan çocuğun sahibi gasbeden değil, aslın sahibi olan kimsedir.

[17/75] Çünkü yumurta tavuğun altına (kuluçkaya) konulmakla telef edilmiştir. Dolayısıyla civcivin, kuluçkadan olduğu söylenemez. Hayvan veya câriye ise böyle değildir. Onların yavruları doğmakla tüketilmiş olmazlar. Bundan dolayı asla sahip olan kimsenin mülkü olurlar. Çünkü onun mülkünden türemişlerdir.

Gasbedilen hayvanın yavrusu

Bir kimse bir tavuk gasbetse ve tavuk onun yanında yumurtlasa, yumurta tavuğun sahibine aittir. Çünkü onun mülkünden türemiştir. Tavuk iki yumurta yumurtlayıp birinin üzerine kendiliğinden kuluçka yatsa ve o yumurtadan civciv çıksa, diğer yumurtanın üzerine de gasbeden kimse tavuğu kuluçka yatırsa ve ondan da civciv çıksa, birinci civciv ile tavuk, malı gasbedilen kimseye, ikinci civciv ise gasbedene aittir. Çünkü kendi fiili ile meydana gelen şey, onun mülkü olur. Tavuğun kendiliğinden yaptığı bir fiille meydana gelen şeyde ise gasbedenin bir etkisi yoktur. Dolayısıyla ona malik olamaz. O yumurta, asla (yani tavuğa) sahip olan kimseye ait olur.

Nitekim bir kimse buğday gasbetse ve onu ekse ekin gasbedene ait olur. Rüzgâr buğdayı uçursa ve toprağa ekilmesini sağlasa, ekin buğday sahibinin olur. Çünkü hükmü rüzgârın fiiline dayandırmak mümkün değildir. Bundan dolayı asla malik olan kimseye ait olduğuna hükmedilir.

Diğer yandan gasbedenin kuluçka yatırarak tavuk elde ettiği yumurta onun eylemiyle tüketilen mal olmuştur. Dolayısıyla onun dengini öder. Ödeme yükümlülüğü nedeniyle ona malik olur. Dolayısıyla civciv kendi mülkünden meydana gelmiş olur. Tavuğun kendiliğinden kuluçka yattığı yumurta ise gasbedenin ödeme yükümlülüğü kapsamına girmemiştir. Dolayısıyla gasbeden ona malik olmaz. Bu civciv tavuğun sahibine ait olarak kalır.

Bir kimsenin elinde usfurla boyanmış bir kumaş olup iki tanık bu kumaştaki usfur boyasının falanca kimseye ait olduğuna ve bu kumaşın o boya ile boyandığına, ancak kimin boyadığının bilinmediğine tanıklık etseler, kumaş sahibi de bunu inkar etse, usfur (boya) sahibi bunu kumaş sahibinin yaptığını iddia etse, bu iddiası kabul edilmez.

Çünkü usfurun değerinin kumaş sahibinin zimmetinde bir borç olduğunu iddia etmekte, kumaş sahibi ise bunu inkar etmektedir. Usfur sahibinin tanıklarının tanıklığında da bunu gerektiren bir bilgi yoktur. Çünkü birinin kumaşını rüzgar uçurup diğerinin boyası içine düşürse ve kumaş boyansa kumaştaki boya, sahibine ait olur. Boya sahibi ona hiçbir şey ödettirmez. Ancak kumaşa önce renksiz durumuyla değer biçilir. Sonra boyalı olarak değer biçilir. Kumaş sahibi boyanın kumaşa kazandırdığı artı değeri öder. Bunu yapmazsa kumaş satışa sunulur. Kumaş sahibi kumaşın renksiz olarak değerini, boya sahibi de boyanın kumaşa kazandırdığı artı değeri alır. Çünkü onlar, boyanmış kumaşta ortaktır; kumaş birine, boya diğerine aittir. Fakat kumaş asıldır, boya onda bir özelliktir. Bundan dolayı muhayyerlik özelliğe (boyaya) sahip olan kimseye değil, asla (kumaşa) malik olan kimseye aittir.

Dâva bir kerpiç hakkında olup zilyet ve dâvacıdan her biri kerpici, mülkünde kendisinin döktüğüne delil getirse, kerpicin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü kerpiç dökülüp karılmak suretiyle birden çok kez yapılabilir. Dolayısıyla hayvan yavrusu hükmünde değildir. Onun için, dâvacının olduğuna hükmedilir.

Dâva peynir hakkında olup zilyet olan ve olmayan her iki taraf, peynirin kendine ait olduğuna ve onu kendi mülkünde yaptığına delil getirse, peynir zilyede ait olur. Çünkü peynir ancak bir defa yapılabilir. Bu da mülkiyette öncelik nedenidir. Dolayısıyla hayvan yavrusu hükmünde olur.

Bu meselede beş farklı durum söz konusudur:

Birincisi: Açıkladığımız durumdur.

[17/76]

İkincisi: Her iki taraf da peynirin yapıldığı sütün kendi mülkü olduğuna delil getirmesidir. Bu durumda peynirin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü asıl anlaşmazlık süt hakkındadır. Süt hakkında her iki tarafın delili de mutlak mülkiyet konusundadır.

Üçüncüsü: Her iki tarafın da bu peynirin yapıldığı sütün kendi koyunundan mülkünde iken sağıldığına delil getirmesidir. Bu durumda zilyedin lehine hükmedilir. Çünkü sütün sağılması yalnızca bir defa olur. Bu nedenle hayvan yavrusu hükmündedir.

Dördüncüsü: Her iki tarafın da bu peynirin yapıldığı sütün sağıldığı koyunun kendi mülkü olduğuna delil getirmesidir. Bu durumda dâvacı lehine hükmedilir. Çünkü anlaşmazlık koyunun kime ait olduğundadır. Her iki tarafın delili de mutlak mülkiyet hakkındadır.

Beşincisi: Her iki tarafın da bu peynirin yapıldığı sütün sağıldığı koyunun kendi koyunu olduğuna ve kendi koyunundan mülkünde iken doğduğuna delil getirmesidir. Bu durumda zilyedin delili kabul edilir. Çünkü her iki delil de, anlaşmazlık konusu olan koyun yavrusunun doğması hakkındadır.

Dâva tuğla, kireç veya alçı hakkında olup her iki taraf da onun kendisine ait olduğuna ve onu mülkünde iken yaptığına delil getirse, bu maddenin zilyedin olduğuna hükmedilir. Tuğlanın zilyet olmayan dâvacıya ait olduğuna hükmedilmesi ve bunun, etin kızartılması gibi kabul edilmesi gerekirdi. Fakat Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir:

Tuğlanın pişirilmesi yalnızca bir defa olur. Çünkü birinci pişirme ile ona tuğla ismi verilir. Yeniden pişirilirse başka bir isim verilmez. Demek ki tuğlanın pişirilmesi yalnızca bir defa yapılan bir şeydir. Kirecin ve alçının pişirilmesi de böyledir. Dolayısıyla bunlar hayvan yavrusu hükmündedir.

Dâva bir koyun derisi hakkında olup taraflardan her biri koyunun kendine ait olduğuna ve onu mülkünde iken yüzdüğüne delil getirse, derinin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü deri yalnızca bir defa yüzülür. Dolayısıyla hayvan yavrusu hükmündedir.

Bu konuda iki tarafın da delili olmasa fakat dâvacı, derinin kendi koyununun derisi olduğuna delil getirse, fakat tanıklar derinin ona ait olduğuna tanıklık etmeseler hakim derinin ona ait olduğuna hükmetmez.

Tanıklar bir yünün bir kimsenin koyununun yünü olduğuna veya etin o kimsenin koyununun eti olduğuna tanıklık edip, yünün ve etin ona ait olduğuna tanıklık etmeseler hakim onun ete ve yüne malik olduğuna hükmetmez.

İsa b. Eban (rh.a.) şöyle dedi: Bu yanlıştır. Muhammed (rh.a.)'in bu meselelerde ortaya koyduğu çözümlerin bir kurala dayanmadığını düşünüyorum. Çünkü o, daha önce "Tanıklar "Bu buğday falancanın ekinindendir" veya "Bu üzüm

falancanın bağındandır", ya da "Bu hurma falancanın hurmalığındandır" deseler, o kimsenin lehine hükmedilir" demişti. Bu meseleler ile o meseleler arasında fark yok. Hatta deri, yün ve et asla malik olmakla mülkiyet hakkının kazanılması konusunda ekin, hurma ve üzümden daha önde gelir. "Burada yüne malik olmakla asla (koyuna) malik olmak vasiyet konusunda farklılık taşır" denilirse, aynı farklılık diğer meselelerde de söz konusudur.

Fakat Muhammed (rh.a.)'in söylediği şey doğrudur. Çünkü tanıklar burada dâva konusunun dâvacının mülkü olduğunu açıkça ifade etmeyip, onu koyuna bağladılar. Sonra koyunun mülkiyetini dâvacılara bağladılar. Dolayısıyla bu, dâva konusu şeyde mülkiyete açık ifade ile tanıklık etmek olmadı. Önceki meselelerde ise tanıklar dâva konusunun dâvacının mülkü olduğuna tanıklık etmişlerdir. Bu, dâvacının dâva konusu mala malik olduğuna açık ifade ile tanıklık etmektir.

Bir kimsenin elinde derisi yüzülmüş bir koyun olup derisi, başı ve sakatatı (paça, ciğer, işkembe, kelle v.b.) başkasının elinde olsa, zilyet de koyunun, derisinin, başının ve sakatatının kendisine ait, koyunun sakatatı elinde olan da kendisine ait olduğuna delil getirseler her birinin, diğerinin elinde olan şeye malik olduğuna hükmedilir. Çünkü ikisi de diğerinin elinde olan kısımda mutlak mülkiyetini delil getirerek ispatlamıştır. Mutlak mülkiyet dâvasında ise zilyet olmayan dâvacının delili daha kuvvetlidir. [17/77]

Her ikisi de koyunun kendi koyunu olduğuna, kendi mülkünde iken doğduğuna, onu boğazlayıp derisini yüzdüğüne ve derisinin, başının ve sakatatının kendisine ait olduğuna delil getirse bunların hepsinin, koyun elinde olan kimseye ait olduğuna hükmedilir. Çünkü o getirdiği delil ile koyun yavrusunun doğmasını ispat etmiş ve mülkiyetinin önceliği ile koyunda, derisinde, başında ve sakatatında satım hakkını elde etmiştir. Bundan dolayı zilyedin mülkiyetine hükmederiz.

Mutlak mülkiyet dâvası ile hayvanın yavruladığına dâva

İki kişinin elinde birer koyun olsa ve her biri diğerinin elindeki koyunun kendi koyunu olduğuna ve mülkü olan elindeki koyundan doğduğuna delil getirse; her birinin, diğerinin koyununa malik olduğuna hükmedilir. Bu mesele, koyunların yaşını tespit etmek mümkün olmadığı zaman söz konusudur. Yaşları belirli olup birinin diğerinin annesi olmaya elverişli olması durumunda, taraflardan birinin tanıklarının tanıklığında doğruluk, diğerinin tanıklığında ise yalancılık belirtisi ortaya çıkar. Bu durumda doğruluk belirtisi açık olan tarafın lehine hükmedilir. Koyunlarının yaşını bilinememesi durumunda ise, iki tarafın tanıklığında da doğruluk ve yalancılık belirtisi ortaya çıkmaz. Taraflardan her biri elinde olan koyun hakkında mutlak mülkiyete, diğer dâvacı da hayvan yavrusunun doğmasına delil getirmiştir. Zilyet olmayan dâvacının hayvan yavrusunun doğduğuna getirdiği delil, zilyedin mutlak mülkiyete getirdiği delilden daha önceliklidir. Bundan dolayı her birinin diğerinin elinde olan koyuna sahip olduğuna hükmettik.

Ebû Yusuf (rh.a.)'tan her iki delilin de geçersiz olacağı rivayet edilmiştir. Çünkü iki tanık grubundan birinin yalan söylediğini kesin olarak bellidir. İki koyunun birbirinin hem annesi, hem kuzusu olması düşünülemez.

Taraflardan birisi elindeki koyunun kendi koyunu olduğuna ve mülkünde doğduğuna, diğerinin koyununu da mülkünde olan bu koyunun doğurduğuna delil getirse, diğeri de aynı şeye delil getirse her ikisinin de elinde olan koyunun maliki olduğuna hükmedilir. Çünkü her biri elinde olan koyun hakkında, koyunun yanında kuzuladığına delil getirmiştir. Zilyedin ise kuzunun doğduğuna getirdiği delil zilyet olmayanın getirdiği delilden önceliklidir.

Taraflardan birisi elinde olan koyunun kendi koyunu olduğuna ve mülkünde doğduğuna, diğer dâvacının elindeki koyunun da kendisine ait olduğuna ve onu mülkünde olan koyunun kuzuladığına delil getirse, diğeri de aynı şeye delil getirse, bu mesele ile önceki mesele aynıdır. Her birinin elinde olan koyunun sahibi olduğuna hükmedilir. Çünkü elinde olan koyunun mülkünde ürediğini ispat etmiştir.

Bir kimsenin elinde iki koyun olup biri siyah, biri beyaz olsa, başka birisi de bu iki koyunun kendine ait olduğunu iddia edip ikisinin de kendine ait olduğuna, beyaz koyunun mülkünde iken siyah koyunu doğurduğuna delil getirse, zilyet de her iki koyunun kendisine ait olduğuna ve siyah koyunun beyaz koyunu mülkünde iken doğurduğuna delil getirse her ikisinin, tanıklarının, mülkünde doğduğuna tanıklık ettikleri koyuna sahip olduklarına hükmedilir. Çünkü o koyunun kendi mülkünde doğduğunu delil getirerek ispatlamıştır. Diğer dâvacı ise o koyunda mutlak mülkiyeti olduğunu ispat etmiştir. Hayvan yavruladığına getirilen delil ister zilyet tarafından, ister zilyet olmayan tarafından getirilsin mutlak mülkiyete getirilen delile tercih edilir.

[17/78] Bir kimsenin elinde bir koyun olsa, başka biri onun kendi koyunu olduğuna ve mülkünde iken doğduğuna delil getirse, hakim de koyunun ona ait olduğuna hükmetse, sonra diğeri gelip onun kendi koyunu olduğuna ve mülkünde iken doğduğuna delil getirse, bunun üzerine zilyet hakime "Benim getirdiğim delil ile koyunun bana ait olduğuna daha önce hükmettin. O hükümle yetinirsen delil getirmem, yetinmezsen yeniden delil getiririm" dese, hakim delilini yeniden getirmesini emreder. Çünkü birinci delil ile verilen hüküm yalnızca dâvalıya karşı idi. İkinci dâvacı hakkında, önceden getirilen delilin varlığı ile yokluğu birdir. Çünkü getirilen delil ile bir kişi hakkında mülkiyetin sabit olması ve mülkiyete hükmedilmesi diğer kişiler hakkında da sabit olmasını gerektirmez. Görmez misin mutlak mülkiyet dâvasında diğer insanların değil, zilyedin aleyhine hükmedilir.

Zilyet delilini yeniden getirirse, hayvan yavrusu konusunda zilyedin delili zilyet olmayanın deliline tercih edildiği için hakim zilyedin lehine hükmeder. Zilyet yeniden delil getirmezse, hakim dâvacının lehine hüküm verir. Hakim dâvacının

lehine hüküm verdikten sonra ilk defa lehine hükmedilen kimsenin tanıkları doğuma tanıklık ederse hakim onun getirdiği delili kabul eder. Diğeri lehine verdiği hükmü bozar. İstihsanen hüküm böyledir.

Kıyasa göre ise bu delil kabul edilmez. Çünkü mülkiyet konusunda aleyhine hükmedilmiştir. Bundan dolayı delili kabul edilmez. Ancak o, lehine hükmedilen kişi tarafından mülkiyet hakkını kazandığını iddia ederse, o zaman delili kabul edilir.

İstihsanın dayanağı ise şöyledir: Hayvan yavrusunun kendi yanından doğduğuna delil getiren taraf, mülkiyet hakkının önceliğini ispat etmektedir. Bu mal da mülkünde meydana gelen bir şeydir. Dolayısıyla bu mülkün başkasından elde edildiği yönünde bir yol düşünülemez. Bu delil ile zilyedin aleyhine hükmedilmiş değildir. Bununla hakimin verdiği hükümde yanıldığı ortaya çıkmıştır. Mülkiyet önceliği de zilyede aittir. Bundan dolayı hakimin verdiği hüküm sona ermiştir. Mutlak mülkiyet dâvasında ise böyle değildir.

Şöyle bir itiraz olabilir: Zilyedin hayvan yavrusunun kendi yanında doğduğuna getirdiği delil ile birlikte, zilyet olmayanın getirdiği delil ile hüküm vermek, içtihadi (ihtilaflı) bir konudur. İbn Ebû Leylâ'ya göre zilyet olmayanın getirdiği delil daha önceliklidir. Dolayısıyla hakimin verdiği hüküm içtihadi bir konuda gerçekleştiği için bozulmaması gerekir.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Hüküm verirken zilyedin getirdiği delil hakimin yanında olunca verdiği hüküm, içtihadi bir konuda olur. Hakimin ictihadıyla zilyet olmayanın getirdiği delil diğerine üstün gelir. Ancak bu delil, hakim hüküm verirken bulunmuyordu. Dolayısıyla hakim, ictihad sonucunda değil, zilyet tarafından ortadan kaldırıcı bir delil ileri sürülmediği için bu hükmü verdi. Zilyet ortadan kaldırıcı delili getirdiği zaman birinci hüküm bozulur. Buna göre zilyet olmayan dâvacı mutlak mülkiyete delil getirse, hakim de onun lehine hüküm verse, sonra zilyet hayvan yavrusunun kendi yanında doğduğuna delil getirse, hakim onun lehine hüküm verir. Birinci hüküm bozulur.

Bir kimse birisinin elindeki bir câriye için diğeri, "Bu câriyenin benim olduğuna falanca belde hakimi hükmetmiştir" diye iddia edip, buna tanık getirse, zilyet de câriyenin kendisine ait olduğuna ve mülkünde doğduğuna delil getirse, bu meselede üç durum (vecih) söz konusudur.

Birincisi; hakim ittifakla câriyenin dâvacıya ait olduğuna hükmeder. Bu, dâvacının tanıkları falanca beldenin hakiminin, câriyenin bu kimsenin olduğuna mutlak olarak hükmettiğine tanıklık edip buna hiçbir şey eklememeleri durumundadır. Çünkü o beldenin hakiminin, tanıkların zilyetten satın aldığına veya zilyedin câriyeyi ona bağış yaptığına tanıklık etmeleri ile dâvacı lehine hükmetmiş olması mümkündür. Bu durumda zilyedin câriyenin mülkünde doğduğuna delil getirmesi diğerinin delilini ve verilmiş olan hükmü geçersiz kılmaz. Aksine onu

kuvvetlendirir. Diğer hakimin böyle hükmettiğine tanıklık edenler bu şekilde açıklarsa, bu açıklama verilen hükmün uygulanmasını daha da pekiştirir.

[17/79] Diğer iki vecih ise dâvacının tanıklarının "Tanıkları falanca beldenin hakimi huzurunda, "Bu kadın dâvacının mülküdür" veya "Bu kadın dâvacının câriyesidir. Onun mülkünde doğmuştur" diye tanıklık etmesiyle câriyenin o kimseye ait olduğuna hükmetti" diye tanıklık etmeleridir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bu iki durumda dâvacının delili daha önceliklidir. İkinci hüküm birinci hakimin verdiği hükmü bozmaz.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise zilyedin, doğumun mülkünde gerçekleştiğine getirdiği delil daha önceliklidir. Bundan dolayı câriyenin ona ait olduğuna hükmedilir.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün dayanağı şöyledir: Zilyet bu delili birinci hakimin huzurunda getirse, birinci hakim verdiği hükmü bozacak ve câriyenin zilyede ait olduğuna hükmedecekti. İkinci hakimin huzurunda getirdiği zaman da hüküm aynı olmalıdır. Çünkü birinci hakimin hükmünün ikinci hakim huzurunda getirilen delil ile sabit olması doğrudan kendisinin hüküm vermesinden daha kuvvetli değildir. Çünkü tanıklar, zilyedin câriyeye malik olabileceği en iyi nedeni açıklamışlardır.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün dayanağı ise şöyledir: Birinci hakimin verdiği hüküm kesin olarak yürürlüğe girmiştir. İkinci hakimin, olasılığa dayanarak onu iptal etme yetkisi yoktur. Nitekim birinci durumda da böyledir. Burada olasılığın açıklaması şöyledir: Birinci hakimin huzurunda tanıklık edenler "Bu, dâvacının mülkündedir" deyince, bu söz dâvacının câriyeyi zilyetten satın alarak sahip olduğu olasılığını taşır. Fakat onlar "Hakimin huzurunda "Câriye dâvacının mülkünde doğmuştur" diyerek tanıklık yapan kimselerin tanıklığı ile" diyerek hakimin hükmünü karıştırmak için bu eklemeyi yapmamışlardır. Bu söz, zilyedin bu delili birinci hakimin huzurunda getirdiği olasılığını taşır. Böylece zilyet olmayan tarafın tanıklarının tanıklığı kuvvet kazanır. Câriyenin ona ait olduğuna hükmedilir. Bu da iptal edilmesi câiz olmayan geçerli bir hüküm olur. Bundan dolayı olasılık varken ikinci hakim birinci hakimin verdiği hükmü bozamaz. Zilyet birinci hakimin huzurunda câriyenin kendi mülkünde iken doğduğuna delil getirdiği zaman böyle bir olasılık söz konusu olmaz.

Bir câriye hakkında zilyet olmayan iki kişi anlaşmazlığa düşse ve her biri onun kendi câriyesi olduğuna, huzurunda katında yapılan tanıklıkta falanca beldenin hakiminin câriyenin kendisine ait olduğuna hükmettiğine, diğeri de câriyenin kendine ait olduğuna ve mülkünde iken doğduğuna delil getirseler; Muhammed (rh.a.)'e göre doğumu iddia eden kimsenin olduğuna hükmedilir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise hakimin lehine hükmettiği kimsenin olduğuna hükmedilir.

Çünkü olasılık varken hakimin hükmünü bozmak câiz değildir. Nitekim bunu açıkladık.

Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir:

Bir kimsenin elinde bir köle olup diğeri onun kendi kölesi olduğuna ve mülkünde iken doğduğuna delil getirse ve tanıklar kölenin doğumu için bir tarih belirtse ancak köle belirttikleri tarihe göre çok büyük veya çok küçük olsa tanıkların tanıklığı geçersiz olur. Çünkü hakim onların tanıklıkta kesin konuşmadıklarını bilmiştir. Bu, Muhammed (rh.a.)'in "Hayvan iki tarafın belirttiği yaşta da değilse veya yaşını tespit etme imkânı yoksa, yarı yarıya hükmedilir" sözü ile, iki durumdan birinin kastettiğini ortaya koymaktadır. Hayvanın yaşı belirtilen iki yaşa da uymuyorsa, her iki tanıklık da geçersiz olur.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

DOĞUM VE NESEPTE TANIKLIK

Bir kimsenin elinde küçük bir köle olsa ve onun kendi kölesi olduğunu iddia etse onun sözü kabul edilir.

Çünkü kendisini ifade edemeyen kimse (çocuk) mal (eşya) hükmündedir. Malı elinde tutan kişinin (zilyedin) elinde olan mal hakkındaki sözü başkasının iddiasını savmada (defide) delildir. Başka bir kimse o çocuğun, kendi oğlu olduğunu iddia ederse delil getirmesi gerekir. Çünkü o, başka bir kimsenin mülkünde olan bir kölenin nesebinin kendine ait olduğunu iddia etmektedir. Bundan dolayı delil getirmedikçe sözü kabul edilmez. Oğlu olduğuna delil getirirse oğlu olduğuna ve özgür olduğuna hükmedilir. Çünkü dâvasını delille ispat etmiştir. Nesebin sabit olduğuna hükmetmekle o kimsenin dâvacının sperminden yaratıldığına hükmedilmiş olur. Özgür kimsenin spermi ise onun parçasıdır. Dolayısıyla bir câriyenin rahmine düşmediği sürece özgür olur. Tanıklar tanıklıkta bir câriyeden söz etmeyince dâvacının sperminin, câriyenin rahmine düşmesi netlik kazanmaz. O kimse özgür olarak kalır. Bu delil, çocuğun özgürlüğünü gerektirir. Bundan dolayı köleliğini ispat etmek konusunda zilyedin sözü ona karşıt olamaz.

[17/80]

Zilyetlikle delilin karşılıklı bulunması durumunda hüküm

Zilyet de çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, nesep hakkına hükmedilmesi konusunda, delil getiren dâvacı daha önceliklidir. Çünkü zilyetlik ve zilyedin sözü, getirilen delile karşıt olamaz.

Dâvacı zimmet ehlinden veya köle olsa, o kimsenin nesebi yine sabit olur. Çünkü dâvasını delille ispat etmiştir. Köle ve zimmî, özgür olan bir Müslüman gibi, nesep hakkı elde etmeye ehildir.

Zilyet de, zilyet olmayan dâvacı da onun kendi oğlu olduğuna delil getirse, nesebinin zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü bu, hayvan yavrusunun doğumu

(nitâc) anlamındadır. Biz daha önce zilyedin delilinin zilyet olmayan kimsenin delilinden daha öncelikli olduğunu açıklamıştık.

Her iki taraf da "O, şu eşimden benim oğlumdur" diye iddia edip delil getirse, kölenin nesebinin zilyede ait olduğuna ve eşi inkar etse bile ondan doğduğuna hükmedilir. Çünkü nesebin nedeni cinsel yararlanma hakkıdır/evliliktir (firâş). Aralarındaki evlilik ise devam etmektedir. Açık bir nedenin arkasından bir hüküm ortaya çıkınca, o hükmün o nedene bağlı olduğu kabul edilir. Aralarındaki evlilik, nesebi ikisinden sabit kılar. Nesebin birinden sabit olması, diğerinden de sabit olmasını gerektirir. Bundan dolayı kadın inkar ederek dâva konusu kimsenin nesebini kendinden uzaklaştıramaz. Baba inkar edip anne ispat etse yine böyledir.

Bir köle ile câriye olan eşinin elinde bir çocuk olup çocuğun kendi oğulları olduğuna delil getirseler, Arap veya Mevâlî (Arap olmayan), ya da zimmet ehlinden bir kimse de çocuğun kendi eşinden oğlu olduğuna delil getirse ve eşi çocuk gibi olsa (yani çocukla aynı ırktan olsa), zilyet olmayanların getirdiği delil ile hükmedilir. Çünkü zilyet olmayan tarafın delili, zilyet olanın delilinden fazla olarak çocuğun özgür olduğunu ispatlamaktadır. Deliller ise ispatlamak içindir. Dolayısıyla zilyet olmayanın delili, ispat fazlalığından dolayı tercih edilir.

Nesep dâvasında taraflardan birisinin anneyi belirtip, diğerinin belirtmemesi

Bir kimsenin elinde bir çocuk olsa ve bir kimse onun, kendi eşinden oğlu olduğuna delil getirse ve her ikisi de özgür olsa, zilyet de onun kendi oğlu olduğuna delil getirse, ancak onun tanıkları çocuğu annesine bağlamasalar, çocuğun dâvacının çocuğu olduğuna hükmedilir. Çünkü delili, diğer tarafın delilinden fazla olarak çocuğun anne tarafından nesebini ispatlamaktadır. Dolayısıyla nesebin ispatlanması konusundaki fazlalık, özgürlüğü ispatlama fazlalığı gibidir. Dâvacı, anne ise hüküm yine böyledir. Çünkü ana-baba tarafından nesebin sabit olması aralarındaki evlilik (firâş) nedeniyledir. Dolayısıyla ispat konusunda eşlerden biri, diğeri adına dâvada taraf olur.

Zilyet olmayan taraf, çocuğun kendi oğlu olduğuna delil getirse ve zilyedin tanıkları da zilyedin çocuğun dâvacıya ait olduğunu ikrar ettiğine tanıklık etseler dâvacının lehine hükmedilir. Çünkü zilyedin ikrarının delili ile sabit olması hakimin, zilyedin ikrarını bizzat duymasından daha kuvvetli değildir. Bu ise, zilyet olmayan tarafın getirdiği delil ile ortadan kalkar.

Sonra Muhammed (rh.a.) iki kadın ve iki erkek meselesini yeniden ele aldı. Biz bu meseleyi daha önce anlatmıştık. Bu meseleden şu alt meseleler çıkarılmıştır:

Her iki taraf da tarih belirtse çocuğun yaşına bakılır. Anlaşılması mümkün değilse bu, tarafların hiç tarih belirtmemesi gibidir. Bu durumda çocuğun nesebinin ikisine ait olduğuna hükmedilir.

[17/81]

Çocuğun yaşı birisi hakkında belirsiz olsa ve çocuk diğer iddia sahibinden daha yaşlı veya daha küçük olsa çocuğu, durumu belirsiz olan tarafın lehine hükmedilir. Çünkü diğer tarafın tanıklığından yalan belirtisi ortaya çıkmıştır. Bu

tarafın tanıklığında ise ortaya çıkmamıştır. Çünkü çocuğun yaşının tanıkların belirttiği tarihe uygun olması olasılığını taşımaktadır.

Bir kimsenin elinde bir çocuk olup bir kadın o çocuğun, kendi oğlu olduğuna iki tanık getirse nesebin kadına ait olduğuna hükmedilir. Çünkü dâvasını, delil getirerek ispatlamıştır. Zilyet de çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ediyorsa da nesebinin ona ait olduğuna hükmedilmez. Çünkü sırf bir şeyi iddia etmek, delile karşıt olamaz.

Şöyle bir itiraz olabilir: Çocuğun nesebinin hem kadın, hem erkek tarafından sabit olmasına bir engel yoktur.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Nesebin hem kadın, hem erkekten sabit kılınması ancak aralarında firâş (meşru cinsel ilişki) hakkı olduğuna hükmedilmesi ile mümkün olur. Erkeğin sırf sözü, evlilik yoluyla aralarında firâş hakkı olduğunu ispatlamak konusunda kadına karşı konulmuş bir delil değildir. Kadın çocuğu kendisinin doğurduğuna tek bir kadın tanık getirse, zilyet çocuğun kendi oğlu veya kölesi olduğunu iddia ediyorsa kadının lehine hükmedilmez. Çünkü zilyetlikle sabit olmuş bir hak, bir kadının tanığıyla geçersiz olmaz. Çünkü bir kadın, başkasının sabit olan hakkını geçersiz kılma konusunda delil değildir. Zilyet çocuğun nesebini iddia da etmiyorsa bir kadının tanıklığı ile, çocuğun o dâvacı kadının çocuğu olduğuna hükmedilir. Bu, istihsanen böyledir. Kıyasa göre ise çocuğun ona ait olduğuna hükmedilmez. Çünkü lakit (buluntu çocuk) üzerindeki zilyetlik çocuk elinde olan kimseye aittir. Bu nedenle başka birisi çocuğu onun elinden almak istese alamaz. Dolayısıyla bu, bir kadının tanıklığı ile de geçersiz olmaz.

İstihsana göre ise nesebin ve özgürlüğün ispat edilmesinde yalnızca çocuğun yararı vardır. Zilyede ise herhangi bir zarar verilmemektedir. Çünkü onun, çocuk hakkında bir iddiası yoktur. Çocuğu yalnızca telef olmaktan korumak için elinde tutmaktadır. Bundan dolayı ebenin tanıklığı ile çocuğun dâvacı kadına ait olduğuna hükmedilir.

Bir kimsenin elinde bir köle olup, başka birisi onun kendi kölesi olduğuna, kendi mülkünde doğduğuna ve onu özgür kıldığına delil getirse, zilyet de onun kendi kölesi olduğuna ve kendi mülkünde doğduğuna delil getirse kölenin özgür kılan kimseye ait olduğuna hükmederim. Çünkü bu delil, diğerinden fazla olarak kölenin özgür olduğunu ispat etmektedir. Zilyedin delilini tercih edecek olursak, köleyi onun mülkünde bırakmış oluruz. Kölenin özgürlüğüne kavuştuğuna delil getirilmişken nasıl onun köle olarak kaldığına hükmedebiliriz?

Dâvacı onu müdebber kılsa (kölenin özgürlüğünü kendi ölümüne bağlasa) veya mükâtebe akdi[34] yapsa, bununla hiçbir hak elde edemez. Mükâtebe

[34] **Kitâbet/الكتابة (Mükâtebe / المكاتبة)** Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına

sözleşmesi yapması durumunda anlaşılmayacak bir şey yoktur. Çünkü mükâtebe sözleşmesi, satım ve kira gibi bozulabilir bir sözleşmedir. Dâvacı, satım veya kira yoluyla köle üzerinde tasarruf etmiş gibidir. Dolayısıyla bunu ispat etmekle dâvadaki diğer tarafa karşı bir üstünlük elde edemez. Müdebber kılma durumunda ise Muhammed (rh.a.) bu meseleyi konunun sonunda yeniden ele almış ve bunu özgür kılmakla bir tutmuştur. Dolayısıyla bu meselede iki rivayet vardır.

Diğer rivayetin dayanağı şöyledir: Müdebber kılmakla köle için kaldırılamayan özgür kılma hakkı sabit olmaktadır. Dolayısıyla bu, gerçekten özgür kılma gibi kabul edilir. Çünkü her iki durumda da delille efendinin köle üzerinde velâ hakkı sabit olmaktadır. Velâ hakkı asıl amaç olup mülkiyet hakkı ona tabi bir hak olunca, zilyet olmayan tarafın getirdiği delili tercih edildi.

Bu rivayetin dayanağı ise şöyledir: Müdebber kılma, mükâtebe akdi gibi köleyi mülkiyet konusu olmaktan çıkarmaz. Dolayısıyla ispattan asıl kastedilen şey mülkiyet hakkıdır. Çünkü mülkiyet hakkı devam etmektedir. Bu nedenle zilyedin getirdiği delil tercih edilir. O, kölenin mülkünde doğduğunu ispatlamıştır. Özgür kılma ise böyle değildir. Çünkü özgür kılmadan sonra mülkiyet devam etmez. Dolayısıyla o meselede asıl kastedilen şey, velâ hakkını ispat etmektir.

Zilyet olmayan taraf, kölenin kendi oğlu olduğuna ve mülkünde doğduğuna, delil, zilyet de onun kendi kölesi olduğuna ve mülkünde doğduğuna delil getirseler, dâvacının lehine hükmedilir. Çünkü onun delili, kölenin özgür olduğunu ispat etmektedir. Bir kimsenin câriyesinden doğan çocuk aslen özgürdür. Kölenin özgür kılınarak, özgür olduğunu ispat eden tarafın delili tercih edildiğine göre doğan çocuğun aslen özgür olduğunun ispat edilmesi durumunda bunu ispat eden tarafın delilinin tercih edilmesi öncelikle sabit olur.

[17/82]

Bir kadının elindeki çocuğu başka bir kadının iddia etmesi

Bir kadının elinde bir küçük olup diğeri, onun kendi oğlu olduğuna bir kadın tanık getirse, küçüğün elinde olduğu kadın da onun kendi oğlu olduğuna bir kadın tanık getirse, çocuk elinde olan kadının lehine hüküm verilir. Çünkü nesep dâvasında iki delil birbirine denk olmuştur. Bu nedenle zilyedin delili tercih edilir. Her iki kadının lehine iki erkek tanıklık etse yine böyledir.

Dâvacı olan kadının lehine iki erkek, çocuk elinde olan kadının lehine ise bir kadın tanıklık etseler çocuğun dâvacı kadına ait olduğuna hükmedilir. Çünkü iki erkeğin tanıklığı, her durumda tam bir delildir. Kadının tanıklığı ise zaruri bir delildir.

Küçük, bir erkekle bir kadının elinde olup küçüğün kendi oğulları olduğunu iddia etseler, bir kadın onların lehine tanıklık etse, başka bir kimse de çocuğun,

---

sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye "mükâteb" bu anlaşmaya "mükâtebe" veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir.

eşinden oğlu olduğuna iki erkek tanık getirse dâvacının oğlu olduğuna hükmedilir. Çünkü bir kadının tanıklığı iki erkeğin tanıklığına denk olamaz. Çünkü iki erkeğin tanıklığı tam delildir. Kadınınki ise zaruretten dolayıdır. İki kadın adamın elindeki çocuğun nesebinin kendilerine ait olduğunu iddia etseler, her birisi için birer kadın tanıklık etse, başka bir adam da çocuğun kendi eşinden olma oğlu olduğuna iki tanık getirse, çocuğun nesebinin bu adama ait olduğuna hükmedilir. Çünkü bir kadının tanıklığı iki erkeğin tanıklığına karşı duramaz. Dolayısıyla o tanıklık dikkate alınmaz. Geriye bir tarafta zilyetlik, diğer tarafta delil kalır. Zilyetlik ise delile denk olamaz.

Gayri müslim vatandaşlardan birinin elinde bir küçük olup onun zilyedin oğlu olduğuna iki zimmî tanıklık etse, bir Müslüman da o küçüğün kendi oğlu olduğuna iki Müslüman tanık getirse Müslümanın lehine hükmedilir.

Müslümanla zimmî arasında nesep dâvası

Çünkü Müslümanın delili, zimmet ehlinden olana karşı kanıttır. Zimmet ehlinden olan tarafın delili ise Müslümana karşı delil değildir.

Müslümanın tanıkları zimmet ehlinden olsa yine böyledir. Zimmînin tanıkları Müslümanlardan, Müslümanın tanıkları zimmet ehlinden veya Müslümanlardan ise zilyedin lehine hükmedilir. Çünkü her birinin delili diğerine karşı kanıttır. Deliller birbirine denk olunca zilyet getirdiği delil ile üstünlük kazanır. Çünkü dâva konusu, ürün (doğan yavru) hükmünde olup tekrarlanmaz.

Küçük çocuk, Müslüman veya zimmet ehlinden olan üçüncü bir kişinin elinde ise Müslümanın lehine hükmedilir. Çünkü onun delili, diğerinin delilinden fazla olarak çocuğun Müslüman olduğunu ispat etmektedir. Diğer yandan iki delilden birisi, çocuğun kâfir olmasını, diğeri Müslüman olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla Müslümanlığını gerektiren delil küfrünü gerektiren delile tercih edilir.

Küçük çocuk, bir adamla eşinin elinde olup o kimse, başka bir eşini kastederek "Bu çocuk, falanca kadından benim oğlumdur", eşi de "Bu çocuk, falanca eşimden oğlumdur" dese, her iki taraf da delil getirse çocuğun, onu ellerinde tutan erkek ve kadının oğlu olduğuna hükmederim.

Çünkü onların arasındaki nesep nedeni olan firâş hakkı açıktır. Dolayısıyla bu nedene göre hüküm verilir. Nesep ikisinden sabit olur. Diğer yandan bu meselede en çok söylenebilecek şey, hüküm meclisinde hazır bulunan iki kimsenin, hazır bulunmayan iki kimse adına dâvada taraf olmasından ibarettir. Zilyet olmayan ve hüküm meclisinden hazır bulunmayan iki kimse bizzat kendileri delil getirseler, zilyedin delili onların deliline tercih edilecekti. Burada da böyledir.

Bir kimsenin elinde bir küçük olup bir Müslüman onun, özgür olan falanca eşinden oğlu olduğuna delil, bir köle de onun, kendi oğlu olduğuna ve eşi olan falanca câriyeden doğduğuna, bir mükâtep köle de onun, kendi oğlu olduğuna ve eşi olan falanca mükâtep câriyeden doğduğuna delil getirseler, çocuğun özgür kimseye ait olduğuna hükmedilir. Çünkü deliller nesebin ispat edilmesi konusunda

birbirine eşittir. Özgür kimsenin delili, diğerlerinden fazla olarak çocuğun özgürlüğünü ispat etmektedir.

[17/83] Özgür kimse küçük çocuğun, oğlu olduğunu iddia etmeyip köle ile mükâtep iddia etse, mükâtebin lehine hükmedilir. Çünkü onun delili, diğerinden fazla şey ispat etmektedir. Mükâtebin çocuğu da mükâtep olur. Mükâtebe akdi ise özgür kılmayı bozar. Mükâtebin yed mülkiyeti sabit olur. Dolayısıyla daha fazla şey ispat eden delil tercih edilir.

Ehl-i kitaptan birisi ile bir dinsizin nesep iddia etmesi

Bir Hıristiyan, Yahudi ve Mecusi (çocuğun nesebi konusunda) iddiada bulunup her biri delil getirse, Yahudi ve Hıristiyanın lehine hükmedilir. Çünkü Yahudi ve Hıristiyanın dinleri mecusinin dini ile karşılaştırılınca mecusinin dininin daha kötü olduğu ortaya çıkar.

Görmez misin Yahudi ve Hıristiyanların kestikleri hayvanı Müslümanın yemesi, onların kadınlarıyla evlenmesi helaldir. Mecûsinin kestiği hayvan ve onların kadınlarıyla evlenmek ise Müslümana helal değildir. Dolayısıyla Yahudi ve Hıristiyanın mecûsiye karşı durumları Müslümanın Yahudiye karşı durumu gibidir. Bundan dolayı "Mecûsi ile Yahudi arasında doğan çocuk ehl-i kitap olarak kabul edilir. Kestiği hayvan helaldir" dedik.

Züfer ve Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise bu gibi yerlerde bir tarafın delili dinine bakılarak diğerine üstün gelmez. Onlar nesep dâvasını mülkiyet dâvasına kıyas etmişlerdir. Bir Müslüman ve bir kâfir bir mülkiyet hakkı iddia etseler ve delil getirseler, ya da ehl-i kitaptan biri ile bir mecûsi bir mülkiyet hakkı iddia edip delil getirseler, biri diğerine tercih edilmez.

Biz ise şöyle diyoruz: Mülkiyet dâvasında birisinin delili diğerinden fazla bir şey ispat etmemektedir. Çünkü Müslüman ve kâfir bu konuda eşittir. Nesep konusunda ise delillerden biri, diğerinden fazla olarak çocuğun yararına olan bir şey ispat etmektedir. Dolayısıyla o delil tercih edilir.

Müslüman köle ile gayri müslim özgürün nesep iddiası

Müslüman bir köle, bir çocuğun oğlu olduğunu ve eşi olan falanca câriyeden doğduğunu iddia etse, zimmet ehlinden olan bir özgür de küçüğün kendi oğlu olduğunu ve eşinden doğduğunu iddia etse, küçüğün zimmet ehlinden olan özgürün oğlu olduğuna hükmedilir.

Çünkü onun delili, diğerinden fazla olarak küçüğün özgür olduğunu ispat etmektedir. Bu, öncelikli bir yarardır. Diğer yandan ergen olduğu zaman özgürlüğünü bizzat kendisi kazanamaz. Ama Allahu Teâlâ ona doğru yolu gösterip kendiliğinden Müslüman olabilir. Dolayısıyla özgürlük tarafını tercih etmek onun hakkında daha öncelikli olmuştur.

Bir kimse elindeki bir küçük hakkında herhangi bir iddiada bulunmasa, bir kadın da onun oğlu olduğuna ve onu kendisinin doğurduğuna delil getirse, başka bir kimse küçüğün kendi oğlu olduğuna ve eşinden doğduğuna delil getirse, ancak

tanıklar annesinin kim olduğunu söylemeseler, küçüğün hem erkeğin, hem kadının oğlu olduğuna hükmedilir. Çünkü iki delil ile uygulama yapmak mümkündür. Küçüğün hem kadından, hem erkekten nesebi sabit olmuştur. Küçük, kadının elinde olup onun delilinin kabul edilmesinde, diğer kimsenin delilini ortadan kaldıran bir şey bulunmayınca yine böyledir. Her ikisinin de nesep hakkına sabit olduğuna hükmettik. Bu ise, aralarında firâş hakkının (evliliğin) bulunduğuna hükmetmeyi zorunlu olarak gerektirir. Tanıklığın zorunlu sonucu olarak, zaruretten dolayı sabit olan şey, bizzat tanıklık edilmiş gibidir. Allahu doğruyu daha iyi bilir.

BİR GRUP KİMSENİN BİR EV HAKKINDAKİ DÂVASI

Bir kişi bir kimsenin elindeki evin tamamını iddia edip, delil getirse, başka birisi de evin yarısına sahip olduğunu iddia edip delil getirse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'e göre ev İki dâvacı arasında iddialarına göre dört parça olarak paylaştırılır. Dörtte üçü evin bütününü iddia edene, dörtte biri yarısını iddia edene ait olur"

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise "Avl ve mudarebe yoluyla (eksiği tamamlama ve çarpma/oranlama yoluyla)[35] üç parça olarak paylaştırılır" demişlerdir.

[17/84]

Bir malda hak iddia edenlerin iddia ettikleri oranların toplamının malın bütününden fazla olması

Bu meselenin benzerleri zıtları vardır. Benzeri olan meselelerden biri mirasçıların onaylaması durumunda, malın tamamı vasiyet edilen kimse ile birlikte, yarısı kendisine vasiyet edilen kimsenin bulunması meselesi ile, ölenin mirasçısı olmaması durumunda, bir malın tamamı vasiyet edilmiş kimse ile, yarısı vasiyet edilen kimsenin bulunması meselesidir. Zıtlı olan meselelerden birisi ise iki kişi arasında ortak olan ticarete izinli köle meselesidir. Efendilerden birisi köleye yüz dirhem borç verse, yabancı bir kimse de yüz dirhem borç verse, sonra köle yüz dirheme satılsa borç veren efendi ile yabancı kimse arasındaki paylaştırma Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre avl yoluyla üç parça olarak yapılır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise münazaa yoluyla (iddialarına göre) dört parça olarak yapılır.

Müdebber köle yanlışlıkla bir kimseyi öldürse, başka birisinin de gözünü çıkarsa ve efendisi maktulün velilerine ve gözü çıkarılan kimseye diyetlerini ödese yine böyledir. Bir köle bir kimseyi kasten, diğerini yanlışlıkla öldürse, kasten öldürülenin iki oğlu olup biri affetse, sonra efendi, işlediği iki cinayet nedeniyle köleyi maktullerin velilerine verse yine böyledir.

Üç imamın, paylaştırmanın avl yoluyla yapılacağı konusunda ittifak ettikleri meselelerden birisi şudur: Terike mirasçılarla alacaklılar arasında ortak olup hepsinin haklarını ödemeye yetmezse, avl yoluyla paylaştırma yapılır. Yine birine

---

[35] **Avl / العول:** Paylar toplamının bütünden fazla olması durumunda, bütünün paylar toplamı olarak kabul edilmesidir. Bütün 6 parça iken, paylar toplamı 8 olsa, bütün 8 parçaya çıkartılır.

bir malın üçte biri, diğerine altıda biri vasiyet edilip mirasçılar vasiyeti onaylamayınca avl yoluyla paylaştırma yapılır.

Münazaa yoluyla (iddialarına göre) paylaştırma yapılacağında ittifak ettikleri meselelere şu mesele örnek gösterilir. Bir fuzûlî (yetkisiz temsilci), birinin onayını almadan kölesini satsa, diğer bir fuzulî de kölenin yarısını satsa, efendi her iki satım akdini de onaylasa alıcılar arasındaki paylaştırma münazaa yoluyla dört parça olarak yapılır.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in kuralları şudur: Bir malın paylaştırması o maldaki bir hak nedeniyle gerekli olunca paylaştırma avl yoluyla yapılır. Mirasçılar arasındaki terike böyledir. Paylaştırma, asıl gibi bir malda var olan bir hak nedeniyle olunca münazaa yoluyla yapılır. Fuzulînin satım akdinde de böyledir.

Çünkü her iki alıcının hakkı da satım bedelinde idi. Satın almakla hakları satım konusu mala geçmiştir. Dâva meselesinde ise dâvacılardan her birinin hakkı maldadır. Dolayısıyla paylaştırma avl yoluyla yapılır. Çünkü her iki dâvacının hakkı da malda şayidir (yaygındır). Malın bütün parçalarında az pay sahibi çok pay sahibine ortaktır. Bundan dolayı paylaştırma avl yoluyla yapılmıştır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin kuralı ise şudur: Dâvacılardan her biri bilinen ve geçerli bir neden ileri sürüyorsa paylaştırma avl yoluyladır. Mirasçılar arasındaki terike böyledir. Bilinmeyen ve geçerli olmayan bir neden ileri sürüyorlarsa paylaştırma münazaa yoluyladır. Fuzûlînin satışında az pay sahibinin anlaşmazlığı olmayan kısım çok pay sahibine aittir. Çünkü her ikisinin de, mal sahibinin onayı olmadan yaptıkları bu satım akdi geçerli değildir. Oranlamaya ancak zaruret durumunda başvurulur. Bu da neden kuvvetli olup geçerlilik niteliğinde nedenler birbirine denk olunca olur. Dâva meselesinde her iki dâvacının da hak kazanma nedeni tanıklıktır. Tanıklık ise hakimin hükmü olmadan hiçbir şeyi gerekli kılmaz. Dolayısıyla iki nedenin de geçerliliği bilinmemiştir. Bundan dolayı paylaştırma münazaa yoluyla oldu. Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin bu görüşü alacaklıların terikedeki hakkı ile geçersiz olmaktadır. Çünkü malın paylaştırması zimmette var olan bir hak nedeniyledir. Buna rağmen paylaştırma avl yoluyla olmuştur.

Bir malı üç kişinin farklı oranlarla iddia etmesi

Dâvacılar üç olup birinci dâvacı evin bütününü, ikinci dâvacı yarısını, üçüncü dâvacı üçte ikisini iddia etse ve delil getirseler, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre paylaştırma avl yoluyladır. Dolayısıyla meselenin aslı, altıdan gelir. Ev onüç parça sayılıp, tamamını iddia eden dâvacı, altı pay; üçte ikisini iddia eden dört pay; yarısını iddia eden üç pay alır.

[17/85]

İki kişiden birisinin malın tamamını, diğerinin de yarısını iddia etmesi

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise paylaştırma münazaa yoluyla yapılır. Evin yarısını ve üçte ikisini iddia edenlerin üçte ikiden arta kalan kısımda anlaşmazlığı yoktur. O kısmı iddia eden dâvacı, evin tamamını iddia eden kimsedir. Dolayısıyla bu kısım ona hiç anlaşmazlık olmaksızın verilir. Yarıdan üçte ikiye kadar olan kısımda evin yarısını iddia eden kimsenin anlaşmazlığı yoktur. Dolayısıyla o kısım, evin tamamını

iddia edenle üçte ikisini iddia eden arasında eşit olarak paylaştırılır. Geriye üç dâvacının anlaşmazlığının eşit olduğu altı pay kalmıştır. Bu da üç eşit parçaya ayrılır. Sonuçta ev, oniki pay yapılıp yarısını iddia eden kimse altıda birini alır. Üçte ikisini iddia eden kimse dörtte birini alır. geriye kalan kısmı evin tamamını iddia eden dâvacı alır. Bu da on iki de yedi paydır.

İki kişinin elinde bir ev olup birisi evin yarısını, diğeri tamamını iddia etse, delil getirme yükümlülüğü evin tamamını iddia eden tarafa aittir.

Çünkü zilyetliklerinin haklı bir nedene dayanması için taraflar öncelikle ellerinde olan kısımda mülkiyet iddia etmiş kabul edilir. Müslümanların işlerini geçerli olarak kabul etmek gerekir. Buna göre evin yarısını iddia eden dâvacı, diğerinin elinde olan kısımdan herhangi bir şey iddia etmemektedir. Evin bütününü iddia eden dâvacı ise, yarısını iddia edenin elindeki kısmı da iddia etmektedir. Dolayısıyla delil ile ispatlama yükümlülüğü ona aittir. Her iki taraf da delil getirirse ev, bütünüyle tamamını iddia eden kimseye ait olur. Çünkü evin yarısını iddia eden kimsenin elindeki kısımda zilyetle zilyet olmayan tarafın delilleri birleşince zilyet olmayan tarafın delili tercih edilir.

Üç kişinin elinde bir ev olup birincisi evin tamamını, ikincisi üçte ikisini, üçüncüsü yarısını iddia etse ve delil getirseler, her biri diğerinden yemin istese, fakat üçü de yeminden kaçınsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre paylaştırma münazaa yoluyladır. Dolayısıyla mesele yirmi dört paydan hesap edilir. Çünkü her birinin elinde evin üçte biri vardır. Her biri, öncelikle elinde olan kısmı iddia etmiş, sonra artan kısımda diğerlerinin elindeki kısmı da iddia etmiş olarak kabul edilir. Çünkü biri diğerinden daha öncelikli değildir. Hiçbirinin elindeki kısımda delili yoktur. Evin yarısını iddia eden dâvacının elindeki üçte birin kendine ait olduğu hakkında delili yoktur. Birinci dâvacı evin tamamını iddia etmektedir. İkinci dâvacı evin üçte ikisini iddia etmektedir; üçte biri kendi elindedir. Üçte biri diğer dâvacıların elindedir. Dolayısıyla evin üçte ikisini iddia eden dâvacı, diğerlerinin elinde olanın altıda birini iddia etmektedir. Bu üçte birin yarısı anlaşmazlık olmaksızın evin tamamını iddia edene ait olur. Diğer yarısı, tamamını iddia edenle üçte ikisini iddia eden arasında yarı yarıyadır. Çünkü o kısımda anlaşmazlıkları birbirine denktir. Dolayısıyla bu üçte bir, dört pay olur. Evin üçte ikisini iddia eden kimsenin elindeki üçte biri evin tamamını iddia eden dâvacı iddia etmektedir. Evin yarısını iddia eden dâvacı da üçte ikisini iddia edenin elindeki kısmın dörtte birini iddia etmektedir. Çünkü o, evin yarısını iddia etmektedir. Elinde olan kısımsa evin üçte biridir. Üçte birlik pay, diğer dâvacının elinde kalmıştır. Dolayısıyla diğerlerinin elindeki kısımdan altıda birin yarısını iddia etmektedir. Bu ise elinde olan kısmın dörtte biridir. Elinde olan kısmın dörtte üçü evin tamamını iddia eden kimseye aittir. Geriye kalan dörtte birlik kısımda anlaşmazlıklar birbirine eşit olmuştur. Dolayısıyla ikisi arasında yarı yarıya taksim edilir. Evin tamamını iddia eden kimsenin elindeki kısmın yarısını, [17/86]

üçte ikisini iddia eden dâvacı, dörtte birini de yarısını iddia eden dâvacı iddia etmektedir. Malda kolayca paylaştırılabilecek durumdadır. Dolayısıyla her ikisi de iddia ettiği kısmı alır. Ev yirmi dört pay olarak kabul edilirse her birinin elinde sekiz pay vardır. Evin tamamını iddia eden dâvacı, evin yarısını iddia eden dâvacıdan elindekinin dörtte üçü olan altı pay alır. Üçte ikisini iddia eden dâvacıdan yedi pay alır. Elinde olan kısımdan da iki pay kendisine kalır. Toplam on beş pay alır. Üçte ikisini iddia eden dâvacı, evin tamamını iddia eden dâvacıdan dört pay, yarısını iddia eden dâvacıdan iki pay alır. Toplam altı paydır. Evin yarısını iddia eden dâvacı, tamamını iddia eden dâvacıdan iki pay, üçte ikisini iddia eden dâvacıdan bir pay alır. Bu paylar toplandığı zaman yirmi dört pay olur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre paylaştırma avl yoluyla yapılır. Evin tamamını iddia eden, yarısını iddia eden kimsenin elindeki kısmın tamamını, üçte ikisini iddia eden de yarısını ister. Dolayısıyla bu üçte birlik kısım üç parça olur. Evin tamamını iddia eden, üçte ikisini iddia edenin elindeki kısmın tamamını, yarısını iddia eden de dörtte birini ister. Bu üçte birlik kısım da beş parça olur. Evin yarısını iddia eden kimse tamamını iddia edenin elindeki kısmın dörtte birini, evin üçte ikisini iddia eden de yarısını alır. Bu üçte birlik kısım da dört parça olur. Üç, dört ve beş paydalı kesirler olur. Beş üçle çarpılır, onbeş eder. Onbeş de dörtle çarpılır, altmış eder. Evin her üçte biri altmış pay, tamamı da yüz seksen pay olur. Evin yarısını iddia edenin elindeki altmış payın üçte ikisi yani kırk pay evin tamamını iddia edene aittir. Yirmisi de üçte ikisini iddia edene aittir. Evin üçte ikisini iddia edenin elindeki altmış payın beşte biri yani on iki pay yarısını iddia edene aittir. Beşte dördü yani kırk sekiz pay evin tamamını iddia edene aittir. Evin yarısını iddia eden, tamamını iddia edenin elindeki kısımdan dörtte birini yani on beş pay alır. Üçte ikisini iddia eden de otuz pay alır. On beş pay da evin tamamını iddia edenin elinde kalır. Diğerlerinden ona seksen sekiz pay ulaşmıştır. Onun payına toplam yüz üç pay düşer. Üçte ikisini iddia eden, evin tamamını iddia edenden otuz pay, yarısını iddia edenden yirmi pay alır. Toplam pay elli olur. Evin yarısını iddia eden, üçte ikisini iddia edenden on iki pay, tamamını iddia edenden on beş pay alır ve toplam yirmi yedi pay eder. Bu paylar toplandığı zaman yüz seksen pay eder ve bu, evin toplam paylarına eşittir.

Bir evin bir odası bir kimsenin elinde, bir odası diğerinin elinde olsa ve biri evin yarı yarıya ikisine ait olduğunu iddia etse, diğeri de "Evin tamamı benimdir" deyip delil getirseler, evin tamamını iddia eden taraf, elindeki odayı ve diğerinin elindeki odanın yarısını alır. Çünkü diğerinin dâvası, evin şayi olarak yarısındadır. Dolayısıyla diğerinin elindeki kısmın yarısını iddia etmektedir. Diğer yarısında ise dâvası söz konusu değildir. Evin tamamını iddia eden taraf ise, evin bir odasının kendine ait olduğunu iddia etmektedir. Onu alır. Çünkü o oda hakkında başka birinin iddiası yoktur. Evin yarısını iddia eden taraf, evin tamamını iddia edenin

elindeki odanın yarısını iddia etmekte, diğeriyle çekişmektir. Delil getirmedikçe hak elde edemez.

Ev tamamen ikisinin elinde olup bir kısmının ikisinden birinin elinde olduğu kesin olarak bilinmese, ev yarı yarıya ikisine ait olur. Çünkü evin yarısını iddia eden kimse, elinde olan kısmı iddia etmiş olarak kabul edilir. Dolayısıyla diğeri delil getirmeden onda bir hak elde edemez. [17/87]

Evin alt katı bir kimsenin, üst katı diğerinin elinde olsa, yukarı katın yolu avlunun içinde olsa, ikisi de evin kendine ait olduğunu iddia etse ev, aşağı katta oturana ait olur. Üst kat ve yolu ise üst katta oturana ait olur. Çünkü üst kat, üstte oturan kimsenin elindedir. Aşağıdaki yolu da onun elindedir. Çünkü yukarıya çıkmak için o yolu kullanmaktadır. Alt kat ve avlu ise aşağı katta oturanın elindedir. Çünkü eşya koymak, abdest suyu dökmek ve odun kırmak için avluyu kullanan odur. Dolayısıyla avlu hakkında alt katta oturanın sözü kabul edilir.

Her ikisi de delil getirse, her biri diğerinin elinde olan kısmı alır. Çünkü mülkiyet dâvasında zilyet olmayan tarafın delili, zilyedin deliline tercih edilir.

Ev üç kişinin elinde olup birincisi, evin yarısını, ikincisi üçte birini, üçüncüsü altıda birini iddia etse, birbirlerinin dâvasını inkar etseler (mesele şöyle çözümlenir): Her birinin elinde evin üçte biri vardır. Evin altıda birini iddia edenin elinde bulunan üçte birlik kısmın yarısı ona aittir. Çünkü ondan fazlasını iddia etmemektedir. Diğer yarısı onun yanında bırakılır. Evin yarısını iddia eden, delil getirirse diğer ikisinin elinden evin altıda birinin yarısını alır. Çünkü evin yarısını iddia etmektedir. Üçte biri zaten elindedir. Üçte birinden yarısına kadar olan kısma yani evin altıda birine daha sahip olduğunu iddia etmektedir. Bu da diğer ikisinin elindedir. Çünkü onlardan biri, elindekiyle dâvanın yöneltildiği kişi olmaya diğerinden daha layık değildir. Evin yarısını iddia eden taraf, dâvasını delil getirerek ispatlayınca, her birinin elindeki kısmın altıda birini alır.

İki nedenden dolayı "Evin altıda birini iddia eden, elindekinin yarısını iddia etmemektedir. Dolayısıyla evin yarısını iddia edenin dâvasının ona yöneltilmesi ve delil getirmeden onun elindeki altıda biri alması gerekir" denilemez.

Birinci neden: Evin yarısını iddia eden, üçte birini iddia edenin elindekinin bir kısmını da iddia etmektedir. Alacağı altıda birlik kısmın yarısının, başkasının elinde olduğunu iddia ettiği halde, evin altıda birini iddia edenin elinden nasıl alabilir?

İkinci neden: Evin yarısını iddia eden üçte birini iddia edenin elindekinin bir kısmını da iddia ettiği için, üçte birini iddia eden, altıda birini iddia edenin elindeki altıda birlik kısımda, hakkı olduğunu iddia etmediği halde evin yarısını iddia edenle anlaşmazlığa düşmüştür. Anlaşmazlık varken evin yarısını iddia eden, delil getirmeden altıda birlik kısmı alamaz. Allah doğruyu daha iyi bilir.

DUVAR VE YOLLA İLGİLİ DÂVALAR

İki kişinin bir duvarda hak iddia edip, birisinin duvarda kirişinin olması

İki ev arasında bir duvar olsa, her iki evin sahibi de duvarın kendine ait olduğunu iddia etse, duvar üzerinde yalnızca birisinin kirişi varsa bize göre duvar, üzerinde kiriş olan kimseye aittir.

Şâfiî (rh.a.) ise şöyle demiştir: Duvarın üzerine kiriş koymakla diğerine karşı üstünlük elde edemez. Çünkü duvarın üzerine kiriş koymak mülkiyetten kaynaklanabileceği gibi, ariyet olarak (iğreti) koymuş ve gasbetmiş olabilir. Olasılık taşıyan şey ise delil olamaz.

[17/88]

Bizim delilimiz şöyledir: Kirişini duvarın üzerine koyan kimse yükünü duvarın üzerine koymak suretiyle onu kullanmaktadır. Kullanmak ise zilyetliktir. Dâvalar karşılıklı çelişince zilyedin sözü kabul edilir. Nitekim bir hayvan hakkında anlaşmazlığa düşseler ve hayvanın üzerinde birinin yükü olsa o, hayvana sahip olmaya diğerinden daha önceliklidir. Diğer yandan görünüş, onun lehine tanıktır. Ayrıca duvarın üzerine kiriş koyması duvarı, ihtiyacı için yaptığını göstermektedir. Çünkü yükünü onun üzerine koymuştur. Böyle bir belirti, taraflardan birinin diğerinden öncelikli olduğunu ispat eder.

Nitekim karı-koca ev eşyasında anlaşmazlığa düşseler erkeklere elverişli olan eşyalar kocaya, kadınlara elverişli olan eşyalar kadına verilir.

Duvar üzerindeki kamışın zilyetlik ifade etmemesi

Dâvacılardan birinin, duvar üzerinde hasırı veya kamışı olsa bununla hiçbir hak elde edemez. Çünkü bu, duvar yapılmasına neden olacak bir yük değildir. Bu nedenle duvar üzerinde hasır veya kamış bulunması dâvacılardan birinin diğerine önceliğini ispatlamaz. Nitekim bir hayvan hakkında anlaşmazlığa düşseler ve hayvanın ağzında birinin yem torbası olsa bununla hayvanın mülkiyetinde öncelik hakkı elde etmez. Kirişler ise doğrudan kastedilen bir yük olup duvar onun için yapılmış olabilir. Dolayısıyla duvar üzerinde kiriş olmasına bakılarak zilyetliğe hükmedilebilir.

Duvarın üzerinde dâvacılardan birinin kirişleri olup evi duvara bitişik ise, diğerinin de duvar üzerinde hasırları varsa üzerinde kirişleri olan ve evi duvara bitişik olan taraf daha öncelikli olur.

Duvarın üzerinde birinin kirişleri olsa, diğerinin de evi duvara bitişik olsa duvarın üzerinde kirişleri olan taraf önceliklidir. -Muhammed (rh.a.)'in duvarın bitişik olmasından maksadı, anlaşmazlık olan duvarın kerpiçlerinin yarısının, taraflardan birinin evinin duvarındaki kerpiçlerle iç içe girmesidir.-

Çünkü duvarın üzerine kiriş koymak duvarı kullanmaktır. Duvarların bitişik olması ise komşuluktur. Zilyetlik komşulukla değil, kullanmakla sabit olur. Dolayısıyla kiriş sahibi öncelikli olur.

Nitekim bir hayvan hakkında anlaşmazlığa düşseler ve biri hayvana binmiş, diğeri yularını tutmuş olsa hayvana binmiş olan taraf önceliklidir.

Tahâvî (rh.a.) evi duvara bitişik olan tarafın daha öncelikli olduğunu söyler. Gerekçesinin hepsinin bir duvar hükmünde olmasıdır. Böyle bir bitişiklikte duvarın bir kısmının birine ait olduğunda ittifak edilmiştir. İhtilaf edilen kısım da ittifak edilene katılır.

Ayrıca görünüşte ihtilâflı duvarı, kendi duvarıyla birlikte yapan odur. Çünkü kerpiçlerin yarısının iç içe girmiş olması ancak iki duvar birlikte yapıldığı zaman düşünülebilir. Dolayısıyla o daha önceliklidir.

Muhammed (rh.a.) *el-Asl*'da şöyle demiştir: Ancak ittisâl-i terbî' (dört taraflı bitişiklik) ile duvarlar birbirine bitişik ise o taktirde ihtilaflı duvar, duvarı bitişik olan kimseye ait olur.

Kerhî (rh.a.) şöyle derdi: Bu bitişiklik her iki taraftan anlaşmazlık konusu olan duvarın, taraflardan birinin iki duvarına bitişik olması ve iki duvarın da anlaşmazlık konusu olan duvarın da karşısındaki üçüncü bir duvara bitişik olmasıdır. Böylece kubbe gibi, dört köşeli olur. Bu durumda dört duvar bir şey hükmünde olur. Duvarı anlaşmazlık konusu olan duvara bitişik olan taraf öncelikli olur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'tan şöyle rivayet edilmiştir: Dikkate alınacak husus, anlaşmazlık konusu olan duvarın iki ucunun (köşesinin), taraflardan birinin iki duvarına bitişik olmasıdır. İki duvarın başka bir duvara bitişik olup olmadığına ise bakılmaz.

Hanefi fakihlerimizin çoğunluğu bu görüştedir. Çünkü bir kimsenin mülkünün anlaşmazlık konusu olan duvarı iki taraftan çevirmiş olması ile o öncelik hakkını elde eder. Bu da anlaşmazlık konusu olan duvara iki taraftan bitişiklik ile tamam olur. Kirişlerin olduğu yerler de onların sahibine ait olur. Çünkü duvarı anlaşmazlık konusu olan duvara bitişik olan taraf görünüşe göre hak elde etmiştir. Görünüş ise başkasının hak elde etmesini önlemek için delildir. Başkasına karşı hak kazanmak için delil değildir. Dolayısıyla bununla, kirişlerin sahibinden kirişlerini duvarın üzerinden kaldırmasını istemek hakkı elde edilemez.

[17/89]

Şöyle bir itiraz olabilir: Duvarın, duvarı bitişik olan kimseye ait olduğuna hükmedilince, diğerinin kirişlerinin duvarın üzerinden kaldırması emredilmeliydi. Çünkü kirişler görünürde haklı bir neden olmaksızın başkasının mülküne konulmuş olan bir yüktür. Nitekim bir hayvan hakkında anlaşmazlığa düşseler ve birinin hayvan üzerinde yükü, diğerinin yem torbası olsa hayvanın yük sahibine ait olduğuna hükmedilir. Diğerinin yem torbasını alması emredilir.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Başkasının hayvanı üzerine yem torbasını koymak aslında bir nedenle elde edilen bir hak değildir. Dolayısıyla hayvanın yük sahibine ait olduğuna hükmetmek zorunlu olarak diğerine yem torbasını almasını emretmeyi gerektirir. Burada ise kiriş sahibinin, kirişlerini başkasının duvarı üzerine koyma hakkı sabit olmuştur. Şöyle ki bu hak, paylaştırmanın aslında koşul

konulmuştur. Duvarın, duvarı bitişik olan kimseye ait olduğuna hükmedilmesi diğerinin duvar üzerinden kirişlerini kaldırmasını gerektirmez.

Fakat taraflardan birisi delil getirse, duvarın onun olduğuna hükmedilse, diğerinin kirişlerini duvar üzerinden kaldırması emredilir. Çünkü delil (şahit), hak elde etmek için delildir. Dolayısıyla delil sahibi mülkünden diğer tarafın kirişini kaldırma hakkına sahiptir.

Duvar iki tarafın binasına bitişik olmasa ve üzerinde kiriş de olmasa yarı yarıya ikisine ait olur. Çünkü hüküm bakımından zilyetlikte birbirine eşittirler. Çünkü duvar ikisinin evinin arasında olduğu için hüküm yönünden zilyetlikleri sabit olur.

Birinin duvar üzerinde on kalası olsa, diğerinin bir kalası olsa her iki taraf da kendi kalasının altında olan kısma sahip olur. Duvar yarı yarıya ikisine ait olmaz. Bir, iki kalasta bu istihsana göre verilmiş hükümdür. Muhammed (rh.a.) *Kitabu's-sulh*'te böyle söylemiştir.

Kitabu'l-ikrar'da ise şöyle demiştir: Duvarın tamamı on kalas sahibine aittir. Ancak bir kalasın bulunduğu yer o kalasın sahibine aittir.

Bişr, Ebû Yusuf'tan, o da Ebû Hanîfe (rh.a.)'den duvarın yarı yarıya ikisine ait olacağını rivayet etmiştir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşü de budur. Kıyasa uygun olan da budur.

Bu görüşün dayanağı şöyledir: Bir kalasın yerini kullanmakla kalas sahibinin o yerde zilyetliği sabit olur. Zilyetlikte ise az kalas sahibi ile çok kalas sahibi eşittir.

Nitekim iki kişi bir kumaşta anlaşmazlığa düşseler ve kumaşın büyük kısmı birinin elinde, bir ucu da diğerinin elinde olsa kumaş yarı yarıya ikisine ait olur.

Kitabu'l-ikrar'da geçen rivayetin dayanağı şöyledir: On kalası olan tarafın duvar yapmaya neden olacak, doğrudan kastedilen bir yükü vardır. Bir kalas sahibinin ise böyle bir yükü yoktur. Çünkü âdeten bir kalas koymak için duvar yapılmaz. Onun için direk dikilir. Dolayısıyla on kalası olan taraf, duvara sahip olmaya daha önceliklidir. Nitekim taraflardan birinin hayvan üzerinde doğrudan kastedilen bir yükü olsa, diğerinin yem torbası olsa hayvanın yük sahibine ait olduğuna hükmedilir.

Ancak diğerinin kalası kaldırılmaz. Çünkü on kalası olan kimsenin duvar üzerinde mülkiyet hakkını elde etmesi görünüş deliliyle olmuştur. Görünüş ile diğerinin kalasını duvarın üzerinden kaldırması hakkı elde edilemez.

Kitabu'd-dâva'daki rivayetin dayanağı ise şöyledir: Mülkiyet hakkı, kalas koymaya bakılarak elde edilir. Dolayısıyla her iki tarafın da kalasın altındaki kısım üzerinde mülkiyet hakkı sabit olur. Çünkü o yerde mülkiyet hakkını elde etme nedeni bulunmuştur. Kalaslar arasında kalan kısmın kime ait olduğuna hükmedileceği ise *el-Asl*'da belirtilmiştir.

Hanefi fakihlerimizden (rh.a.) bir kısmı şöyle demiştir: Kalaslar arasında kalan bütün yerlerin on bir pay olarak ikisine ait olduğuna hükmedilir. Bunlardan on pay on kalas sahibine ait olur. Bir pay bir kalas sahibine ait olur. Bu fakihler, kalaslar arasındaki kısımları kalasların altında kalan kısımlara kıyas etmişlerdir.

Fakihlerimizin çoğunluğu ise araların on kalas sahibine ait olduğu görüşündedir. Çünkü diğeri bir kalas nedeniyle hak elde etmiştir. Duvarı onun yaptığını gösteren hiçbir belirti yoktur. Diğerinin ise duvarı yaptığına belirti vardır. Çünkü duvar bir kalas koymak için yapılmaz. Ama on kalas koymak için yapılabilir. [17/90]

Bundan dolayı bir kalasın bulunduğu yer dışında kalan yerlerin tamamı diğer kalasların sahibine aittir. Bir kalasın yeri ise sahibinin kullanması zorunluluğundan dolayı o kalas sahibine aittir. Zaruret nedeniyle sabit olan bir şey zaruretin ötesine geçemez.

Taraflardan birinin duvar üzerinde on kalası, diğerinin üç veya daha fazla kalası olsa çoğulun alt sınırı (üç) üst sınırına kıyas edilerek duvarın eşit olarak ikisine ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü her iki tarafın da duvar üzerinde doğrudan kastedilen bir yükü vardır. Duvar o yük için yapılmış olabilir. Bundan dolayı iki tarafın kalaslarının sayısındaki azlık ve çokluğa bakılmaz. Nitekim iki kişi bir hayvan hakkında anlaşmazlığa düşse, birinin hayvan üzerinde elli men (batman), diğerinin yüz men (batman) yükü olsa hayvan yarı yarıya ikisi arasında ortak olur.

Taraflardan birinin, duvar üzerinde kalası olsa, diğerinin perde olarak kullandığı bir duvar olsa, aşağıdaki duvar kalas sahibine ait olur. Çünkü o, duvarın üzerine doğrudan kastedilen bir yük koyarak duvarı kullanmaktadır. Üstteki duvar da diğer tarafa ait olarak kalır. Çünkü görünüş ile diğerinin perde olarak kullandığı duvarı kaldırma hakkı elde edilemez. Bu, birinin altta, diğerinin üstte evi olması hükmündedir.

Taraflardan birinin duvar üzerinde perde olarak kullandığı bir duvar olup diğerinin hiçbir şeyi olmasa, duvarın üstteki duvarın sahibine ait olduğuna hükmedilir. Çünkü perde olmak için (avluyu göstermemek için) duvar yapılır. Dolayısıyla bu, sahibinin hak elde etmesi için bir belirti olur. Kamış ise böyle değildir. Çünkü onu koymak için duvar yapılmaz. Bu nedenle duvarın üzerinde bir tarafın kamışları olmakla o taraf duvarın mülkiyetinde öncelik elde edemez.

İki ev arasında kamıştan ağaçtan bir duvar (çit) olup her iki evin sahibi onun kendisine ait olduğunu iddia etse, kamışların bağlandığı ip taraflardan birisinin evine doğru bakıyorsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre duvarın yarı yarıya iki taraf arasında ortak olduğuna hükmedilir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise "Kamışların bağlandığı ip kimin evine doğru bakıyorsa duvarın ona ait olduğuna hükmedileceğini söylemişler ve Düheym

b. Kıran hadisini delil getirmişlerdir: İki kişi, kamıştan yapılmış bir duvar hakkında anlaşmazlığa düştüler. Resûlüllah (s.a.v.) Huzeyfe b. Yemân (rh.a.)'ı aralarında hükmetmesi için gönderdi. O da duvarın, ip evinden tarafta bağlanmış olan kimseye ait olduğuna hükmetti. Sonra bunu Resûlüllah (s.a.v.)'a haber verdi. Peygamber (s.a.v.) de onun hükmünü doğruladı[36].

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle delil getirmiştir: İp zaten üzerinde anlaşmazlık olan şeydir. Bu nedenle kendisi anlaşmazlık konusu iken taraflardan birinin mülkiyeti için delil kılınamaz. Diğer yandan bir kimse kamıştan bir duvar yapıp ipini komşusu tarafında bağlamış olabilir. Böylece kendi tarafı düzgün olur. Harç vurup badana yapabilir.

Rivayet edilen hadis "İp kendi evine bakan kimse, Huzeyfe b. Yemân (r.a.)'a yargılandıkları zaman duvarın kendine ait olduğunu delil getirerek ispatlamış, Huzeyfe (r.a.) de delil nedeniyle onun lehine hükmetmiştir. Olay anlatılırken ipin söylenmesi yalnızca lehine hükmedilen tarafın kim olduğunu açıklamak içindir. Bu "Hakim, sarık ve taylasan giyinen kimsenin lehine hükmetti" demek gibidir" diye yorumlanır.

Yine taraflar bir duvar hakkında anlaşmazlığa düşseler ve duvarın önü birinin evine, arkası diğerinin evine doğru olsa Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre duvar aralarında yarı yarıya ortaktır.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise duvarın ön yüzü ve kerpiç içi hangisinin evine doğru bakıyorsa onun lehine hükmedilir. Çünkü âdeten insanlar duvarın ön yüzünü, düzgün olması için kendi evlerine doğru yaparlar.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Bu âdet ortaktır. Bir kimse duvarın ön yüzünü komşusunun evine veya yola doğru da yapabilir. Bu nedenle bir kimsenin duvarda mülkiyetinin bulunmamasına delil olamaz.

[17/91] Duvarın içinde eşya koymak için kullanılan dolap yerleri taraflardan birine doğru bakıyorsa yine böyledir. Sonuç olarak duvar tamamıyla anlaşmazlık konusudur. Bundan dolayı duvarın arkası (veya önü) birinin lehine hükmetmek için delil kılınmaz.

Sahipleri farklı olan alt ve üst kat

Alt kısmı bir kimsenin, üst kısmı da başka birinin olsa alt katın sahibi, sahip olduğu katı yıkmak istese yıkamaz. Çünkü üst kata sahip olan kimsenin alt katta da hakkı vardır. Çünkü binası onun üzerinde durmaktadır. Dolayısıyla alt kata sahip olan kimsenin, kendi mülkünden başkasının hakkını kaldırma hakkı yoktur.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre alt kata sahip olan kimse üst katın sahibinin rızası olmadan duvarda kapı ve delik açamaz. Duvarın üzerine daha önce olmayan bir kalas koyamaz.

---

[36] İbn Mâce, Ahkam 18; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, II/259; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/67.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise üst katın sahibine zarar vermiyorsa yapabilir. Zarar veriyorsa yapamaz. Yine alt katın sahibi alt katta kuyu da kazamaz. Üst katın sahibi de bir kat daha çıkmak veya duvarın üzerine kiriş koymak, ya da tuvalet yapmak istese, Ebû Hanîfe'ye göre alt katın sahibine zarar versin, vermesin bunu yapamaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise alt katın sahibine zarar veriyorsa bunları yapmasına engel olunur. Zarar vermiyorsa engel olunmaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in delilleri şöyledir: Her ikisi de sırf kendi hakkında kullanımda bulunmaktadır. Yaptığı şeyde hak sahibi olan, başka birisine zarar vermediği sürece, bunu yapmasına engel olunmaz. Bu şuna benzer: Bir kimse, kölesinin hizmet etmesini birine, mülkiyetini de başka birine vasiyet etse, kölenin mülkiyeti kendisine vasiyet edilen kimse, hizmeti vasiyet edilen kimseye zarar vermediği sürece, köle üzerinde istediği kullanımda bulunabilir.

Ebû Hanîfe ise şöyle demektedir: Üst kat sahibinin alt kattaki yapının üzerine belli miktarda yapı yapabilme hakkı vardır. Bu sınırı geçince yapmasına engel olunur. Nitekim bir kimse belirli bir yükü taşımak için bir hayvan kiralasa hayvana zarar vermese bile o yükten daha çoğunu taşıma hakkı yoktur. Aynı şekilde üst katın sahibinin de, evinin alt kat üzerinde durması bakımından alt kat sahibine karşı hakkı vardır. Duvarda kapı ve delik açmak yapıyı zayıflatır. Yine alt katta kuyu kazmak da yapıyı zayıflatır. Bu nedenle alt katta oturan kimsenin, üst kat sahibinin rızası olmadan böyle bir şey yapma hakkı yoktur.

Görmez misin her iki tarafın da birbirine zarar veren kullanımlarda bulunmaları yasaklanmıştır. Mülkiyet yalnızca birine ait olsa iki komşudan birinin kullanımı diğerine zarar verse bile kullanımda bulunmasına engel olunmazdı.

Duvar iki kimsenin arasında olup ortaklardan biri diğerinin, "O, duvarın bana ait olduğunu ikrar etti" diye iddia edip buna delil getirse, duvardan payına düşen kısmının onun olduğuna hükmedilir. Çünkü diğerinin ikrarının delille sabit olması gözle görülerek sabit olması gibidir. Ortaklardan birinin kendi payı hakkındaki ikrarı geçerlidir. Çünkü bu ikrar ile ortağa bir zarar yoktur. Ortak hakkında ise, duvar, ikrar edenin veya lehine ikrarda bulunulanın ortak olması arasında fark yoktur.

Bir kimsenin elinde bir duvar olup kirişleri komşusunun evine girmiş olsa, duvar sahibi duvarın üzerine bir ev yapmak istese, başkasının onun evinin bulunduğu alanda tuvalet yapma hakkı nasıl olmuyorsa, ev sahibi onun bunu yapmasına engel olabilir.

Çünkü evin yukarısındaki boşluk, ev sahibine aittir. Diğerinin evinin avlusuna onun rızası olmadan bir bina yapma hakkı nasıl yoksa, rızası olmadan evinin yukarısına bir şey yapma hakkı da yoktur. Evin içine girmiş olan kirişler diğerinin

hak iddiasını ortadan kaldıran açık bir delildir. Bundan dolayı duvar sahibi hiçbir şey yapma hakkı elde edemez.

[17/92] Ev sahibi de evinin duvarına girmiş olan direkleri kesemez. Çünkü o şekilde bulunmuştur. Bunun bir delilinin olması mümkündür. Ancak kirişler duvar sahibinin sahip olduğu bir hak ile diğerinin evine girmişse müstesna. Bundan dolayı ev sahibi açık bir delili olmadan kirişleri kesemez. Görünüş de buna delil olmaz. Ancak kirişler, üzerinde hiçbir yük taşıyamayacak bir türden olup evindeki kirişlerin çıkıntısı görünümünde ise, o zaman kesebilir. Çünkü kalasların kendisi doğrudan kastedilen bir şey değildir. Asıl maksat onun üzerine bir bina yapmaktır. Üzerine bina yapılmayan türden olan kirişler ise duvar sahibine, ev sahibi üzerinde bir hak kazandırmaz. Bundan dolayı ev sahibi o kirişi kesebilir. Üzerine bina yapılan türden kirişte ise duvar sahibinin ev sahibine karşı, herhangi bir nedenle elde ettiği bir hak olabilir. Bundan dolayı diğerinin kirişleri, haksız yere diktiği ortaya çıkmadığı sürece ev sahibi kirişleri kesemez.

İki katlı ortak binanın yıkılması durumunda yeniden yapılması

Alt kat birine, üst kat başkasına ait olan binanın alt katı yıkılsa, alt katın sahibi alt katı yeniden yapmaya zorlanmaz. Çünkü onun mülküdür. Mülk sahibi ise mülkünde bir şey yapmaya zorlanmaz. Kendi mülkünde satmak, bina yapmak gibi ne yapacağına karar verme hakkı ona aittir.

Alt katın sahibinin evi bizzat kendisinin yıkması durumunda ise böyle değildir. Çünkü yıkmakla diğerinin hakkına geçmiştir. Üst kat sahibinin alt kattaki bina üzerinde durma hakkı (hakku'l-karâr) vardır. Dolayısıyla diğerinin hakkı bulunduğu için alt kat sahibi alt katı yeniden yapmaya zorlanır. Nitekim rehin veren rehin verdiği köleyi öldürse veya efendi borçlu kölesini öldürse (borcu ödemeye zorlanır).

Alt katın kendiliğinden yıkılması durumunda ise alt katın sahibinden kasıtlı bir fiil meydana gelmemiştir. Fakat üst katın sahibi alt katı yeniden yapıp üzerine kendi katını yapabilir. Çünkü kendi mülkünü yapması için alt katı yapmasından başka yol yoktur. Bundan dolayı alt katı yaparak kendi hakkına ulaşma yetkisine sahiptir. Sonra alt katın sahibini yapılan binanın değerini ödeyinceye kadar orada oturmasına engel olabilir. Çünkü kendi mülkünden yararlanabilmek için alt katı yapmak zorundadır. Dolayısıyla bunu teberru olarak yapmış sayılmaz. Yapılan bina ise ona aittir. Bu nedenle alt katın sahibi değerini ödeyerek binaya sahip oluncaya kadar üst kat sahibi onun oturmasına engel olabilir.

Hassaf (rh.a.) üst kat sahibinin alt kat sahibinden yalnızca binaya yaptığı masrafı isteyeceğini söylemiştir.

Bu görüşün dayanağı şudur: Dînen (kanunen) üst kat sahibinin böyle yapmasına izin verilmiştir. Dolayısıyla alt katın sahibi tarafından emredilerek böyle yapmış gibidir. Çünkü dinin (şer'in) alt kat sahibi üzerinde yetkisi vardır.

Bu rivayetin dayanağı şudur: Bina, yapana aittir. Dolayısıyla alt kat sahibi ona değerini ödeyerek sahip olabilir. Bu, şuna benzer: Bir kimsenin kumaşı diğerinin

boyasına batsa ve boyansa, kumaş sahibi de kumaşını almak istese, boyanın kumaşa kazandırdığı artı değeri ödeyerek alabilir. Çünkü kumaştaki boyanın mülkiyeti boyanın sahibine aittir.

el-Emâlî'de Ebû Yusuf (rh.a.)'tan alt katın, üst katın sahibi elinde rehin mal gibi olduğu rivayet edilmiştir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un maksadı, rehin mal gibi, alt kat sahibinin alt kattan yararlanmasına engel olunacağıdır.

Ortak olan bir evin yıkılması

[17/93]

İki kimse bir ev veya konakta ortak olsa, ev yıkılsa, biri diğerini yeniden yapmaya zorlayamaz. Çünkü birinin payını, alan hesabıyla diğerininkinden ayırmak mümkündür. Ortaklardan biri evi yeniden yaparsa, diğer ortaktan hiçbir şey isteyemez. Çünkü evi yeniden yapmak zorunda kalmış değildir. Diğer ortağından arsanın paylaştırılmasını isteyip kendi arsası üzerinde ev yapma imkânına sahiptir. Alt ve üst kat ise böyle değildir. Üzerinde kirişler olmadığı zaman iki kişi arasındaki duvar da böyledir. Çünkü duvarın temeli ikisi arasında paylaştırılmayı kabul eder. Ancak ahşaptan yapılmış duvar gibi paylaştırılmayı kabul etmiyorsa o zaman taraflardan birisi duvarı yapmaya zorlanır. Ortaklardan birisi duvarı yapınca, diğer ortak kendi payına düşen kısmın değerini verinceye kadar onu duvardan yararlanmaktan alıkoyabilir. Bu ortak köleye benzer. Köle kazanmaktan âciz olup ortaklardan birisi kölenin masraflarını karşılamazsa, diğeri onu, masrafları karşılamaya zorlayabilir.

Duvar üzerinde her iki tarafın da kirişleri olsa, her biri diğerini duvarı yeniden yapmak konusunda yardım etmesi için zorlayabilir. Yardım etmezse kendisi duvarı yapar. Duvarın yapımında payına düşen değeri ödeyinceye kadar diğerinin direklerini duvarın üzerine koymasına engel olur. Çünkü her bir tarafın, direklerini duvarın üzerine koyma bakımından diğerinin payında hakkı vardır. Bu hak, duvarın temelini aralarında paylaşmaları ile geçersiz olur.

Duvarın üzerindeki kirişler yalnızca birine ait ise, kiriş sahibi duvarı yeniden yapar. Duvarın paylaştırılmasını istemek suretiyle diğeri ile dâvalaşmaz. Çünkü onun, diğerinin payı üzerine kirişlerini koyma hakkı vardır. Payların bölüşülmesini isteyen kirişlerin sahibi ise, diğeri bundan kaçınamaz. Çünkü paylaştırmak, kiriş sahibinin hakkından dolayı idi. O ise hakkının düşmesine razı olmuştur. Diğeri açısından sanki duvar üzerinde hiç kirişi yok gibi olmuştur.

Ortak hamam yıkılsa, o da ev hükmündedir. Çünkü alanın (arsanın) taraflar arasında paylaştırılması mümkündür. Taraflardan birisi yeniden yaparsa diğerinden hiçbir şey isteyemez.

Bir kimsenin, başka birinin avlusuna açılan kapısının olması

Bir kimsenin evinden, başkasının evine (evinin avlusuna) açılan bir kapısı olup o kapıdan o kimsenin avlusundan geçmek istese, ev sahibi de ona engel olsa, kapı sahibi, başkasının avlusunda geçit hakkı olduğunu iddia eden taraf olur. Bu nedenle bunu delil getirerek ispatlamak durumundadır. Ev sahibi ise inkar eden konumundadır. Yeminiyle birlikte onun sözü kabul edilir. Bir kimse duvarda kapı

açmakla hiçbir hak elde edemez. Çünkü kapı açmak duvarın bir parçasını kaldırmaktır. Duvarının tamamını kaldırsa başkasının mülkünde hiçbir hak elde edemez. Duvarda kapı açtığı zaman da böyle olmalıdır. Ayrıca ışığın ve havanın girmesi için veya komşu ile arkadaşlık etmek ve konuşmak için kapı açılmış olabilir. Dolayısıyla bu, o evde geçit hakkı olduğunu göstermez. O kapıyı kullanarak o avludan daha önce geçtiğine dair tanık getirse, bu tanıklıkla hiçbir hak elde edemez. Çünkü tanıklar onun geçmişte o yoldan geçme hakkı olduğuna tanıklık etmişlerdir. Dâvacı bu tanıklıkla hiçbir hak elde edemez.

Görmez misin o kimsenin bir defa o kapıdan geçtiğini görsek, bununla o kimse hiçbir hak elde edemez. Ancak o kimsenin o evden değişmez bir yolu olduğuna tanıklık ederlerse, o zaman tanıklıkla sabit olan şey dâvalının ikrarı ile sabit olmuş gibi olur. İlk paylaştırmada biri, komşusunun evinde geçit hakkı kazanmış olabilir veya bu hak ona vasiyet edilmiş olabilir. Dolayısıyla bunu ispat etmek için getirilen delil kabul edilir.

Tanıklar yolu tarif etmeseler, enini, boyunu belirtmeseler, ancak dâvacının o kapıdan ve o ev içinden geçen bir yolu olduğuna tanıklık etseler, tanıklık kabul edilir.

Hanefi fakihlerimizden (rh.a.) bir kısmı bunu şöyle yorumlamışlardır: Tanıklar dâvalının bunu ikrar ettiğine tanıklık edince cehalet (belirsizlik) ikrarın geçerliliğine engel olmamaktadır. Ancak ispat etmek için tanıklık edince tanıklıkları kabul
[17/94] edilmez. Çünkü tanıklık konusu bilinmemektedir.

Ancak doğru olan, bunun kabul edilmesidir. Çünkü hakimin tanıklığa göre hükmetmesi imkansız olunca, belirsizlik tanıklığın kabul edilmesine engel olur. Burada ise hakimin hükmetmesi imkansız değildir. Çünkü kapının eni hükmen belirlenir. Bu miktar, yolun da eni olarak kabul edilir. Uzunluğu ise evin kapısına kadardır.

Muhammed (rh.a.) bazı nüshalarda "Tanıkların yolu tarif etmemesi tanıklık için daha uygundur" demiştir. Bazı nüshalarda ise "Tanıkların yolun enini ve uzunluğunu belirtmeleri tanıklık için daha uygundur" demiştir. Bu açıktır. Çünkü belirsizlik bu şekilde ortadan kalkar. Birinci sözün dayanağı ise şudur: Tanıklıkla işlem yapmak için tarif etmeye gerek yoktur. Diğer yandan yolun tarif edilmesi durumunda tanıklıkla uygulama yapılması imkansız olabilir.

Âlimlerden bir kısmı rivayet edilen bir hadise dayanarak, burada söz konusu olan yolu yedi arşın olarak belirlemişlerdir. Tanıklar yolun enini söyleseler yedi arşından az veya çok söyleyebilirler. Hakim de yolun yedi arşın olduğu görüşünde ise tanıklıklarını kabul etmez. Tanıklar mutlak ifade kullanınca ise hakim tanıklıkları ile uygulama yapar. Dolayısıyla belirlemenin terkedilmesi tanıklıkla uygulama yapılmasını kolaylaştırır. Tanıklar "Onun babası öldü. O yolu miras olarak bıraktı"

deseler, yine böyledir. Çünkü mülkiyet nedenini açıklamışlardır. Bu onların tanıklığına zarar vermez.

Bir kimsenin diğerinin evinin avlusuna akan bir oluğu olup o oluktan su akıtmak istese, ev sahibi de buna engel olsa, oluk sahibi o ev üzerinde su akıtma hakkı olduğuna delil getirmediği sürece, onun avlusundan su akıtamaz.

Bir evin oluğunun başka birisinin evine/avlusuna akması

Çünkü oluk, kapı gibi kendi mülkünde yapılmış bir şeydir. Dolayısıyla delil olmadığı sürece bununla başkasının evinde hak elde edemez. Tanık gösterir ve tanıklar, "Biz onun komşusunun avlusunda su akıttığını gördük" diye tanıklık ederlerse, bu tanıklıkla bir hak elde edemez. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi onun geçmişte sahip olduğu bir zilyetliğe tanıklık etmişledir. *Kitabu'ş-şirb*'de söylenmiştir ki iki kimse bir su yatağı hakkında anlaşmazlığa düşseler, taraflardan biri su yatağından suyunu geçirmekte olsa, onun sözü kabul edilir. Çünkü suyunu geçirmek suretiyle su yatağını kullandığı için zilyetliği devam etmektedir. Bu meselede ise geçmiş tarihte oluktan suyunu akıtmış olması, anlaşmazlık sırasında da zilyetliğinin devam ettiği anlamına gelmez.

Sonraki (müteahhirûn) Hanefi fakihlerinden (rh.a.) bir kısmı şöyle demiştir: Damın suyun akıntı yönü oluk tarafına doğru ise, oluğun eski olduğu ve bulunduğu damın sahibi tarafından yapılmadığı biliniyorsa, oluk sahibi hiç delil getirmeden suyunu akıtma hakkına sahiptir. Çünkü görünüş onun lehine tanıktır. Kişi ancak akıtma hakkına sahip olduktan sonra damdaki akıntı yönünü oluğa doğru yapar. Suyu oluktan akıtmasına engel olununca, suyun akıntı yönünü değiştirmesi mümkün olmaz.

Tanıklar dam sahibinin o oluktan su akıtma hakkı bulunduğuna tanıklık etseler, tanıklık kabul edilir. Çünkü delil ile sabit olan, dâvalının kendi hakkında yaptığı ikrar ile sabit olan şey gibidir. Tanıklar, oluğun yağmur suyu için olduğuna tanıklık etseler, oluk yağmur suyu için olur. Abdest suyu için olduğuna tanıklık etseler abdest suyu için olur. Çünkü onlar tanıklık ettikleri hakkın özelliğini açıklamışlardır. Hiçbir açıklama yapmazlarsa yeminiyle birlikte ev sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü asıl hak tanıklıkla sabit olmuştur. Hakkın niteliği ise sabit olmamıştır. Dolayısıyla ev sahibini sözü kabul edilir. Çünkü hakkın niteliğine göre ev sahibinin göreceği zarar değişir. Yağmur suyunun akıtılması durumunda ev sahibi belli bir vakitte zarar görecektir. Abdest suyunun dökülmesi durumunda ise her zaman zarar görecektir. Bu nedenle açıklama konusunda ev sahibinin sözü **[17/95]**
kabul edilir. Hakkın niteliği aslına kıyas edilerek, ev sahibi diğerinin dâvasını inkar ettiği için yemin eder.

Geçit (yol) veya su akıtma hakkı iddia edilen ev, mirasçılar arasında ortak olup mirasçılardan bir kısmı geçit ve su akıtma hakkını ikrar etse, diğer kısmı inkar etse dâvacı, mirasçıların bir kısmının sözüyle oradan geçemez, suyunu da akıtamaz. Çünkü oradan yararlanma ancak inkar edenlerin payları ile mümkündür. İkrar

edenlerin ikrarı diğerleri hakkında delil değildir. Dolayısıyla sadece ikrar edenlerin payından geçme ve suyunu akıtması mümkün değildir. Çünkü onların payı diğerlerinin paylarından ayrılmış değildir.

Mülkiyet ikrarı ise böyle değildir. Ortaklardan birinin kendi payında ikrarda bulunması, lehine ikrar edilen kimseyi ikrarda bulunan kimsenin payında hak sahibi yapar. Onda kullanım yapıp yararlanabilir. Çünkü ikrar edenin payında onun yerine geçmiştir.

Muhammed (rh.a.) başka bir yerde şöyle demiştir: O yer (yol ve su yolu) ikrar edenin payına düşerse, lehine ikrar yapılan kimse orayı yol edinebilir. Suyunu geçirebilir. Başkasının payına düşerse lehine ikrar yapılan kimse ikrar edenin payından o miktarda su yolu ve yol edinir. Su yolu ve yol dışında kalan kısım ikrar edene ait olur.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ikrar edenin payı, ikisi arasında bu şekilde paylaştırılır.

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demiştir: Mirasçılar üç kişi ise ikrar eden, su yolunun üçte birini verir. Muhammed bu sözüyle "İkrar eden, yolun ve su yolunun mülkiyetinin, lehine ikrar edilene ait olduğunu ikrar ederse" demek istemiştir. Bu meselenin aslı *Kitabu'l-ikrar*'da "İki kimse arasında ortak bir konak olsa ve onlardan biri evdeki belli bir odanın birisine ait olduğunu ikrar etse" diye başlayan meseledir. *Kitabu'l-ikrar*'da yeri geldiği zaman belirtilecektir.

Suyun akıntısı bir kanalda olsa, su sahibi onu oluk yapmak istese, suyun geçtiği evin sahibinin rızası olmadığı sürece böyle yapamaz. Yine su bir oluktan akarken, oluk sahibi onu su kanalına çevirmek istese, yine suyun geçtiği evin sahibinin rızası olmadan yapamaz. Çünkü kanalda su yüzeye taşmaz. Kanal derindedir. Su onun içinde akar. Olukta ise su yüzden akar. Kişi kanalı oluk yapmak istediği zaman ev sahibine daha fazla zarar vermiş olur. Çünkü bu durumda suyu yüzeyden akıtacaktır. Oluğu kanala çevirmek istese evin avlusunu eşmesi gerekecektir. Bu durumda da ev sahibine zarar verilmiş olur. Su akıtma hakkına sahip olan kimse belli bir miktarda hakkı olduğunu ispat edebilir. Onun ötesinde rızaları olmadan onlara zarar veremez.

Denilmiştir ki "Bu, su akıtma hakkına sahip olan kimse, suyun aktığı yerin mülkiyetine sahip olmadığı zaman böyledir. Bu durumda yalnızca su akıtma hakkı vardır. Suyun aktığı yer onun mülkiyetinde olunca ise kanalı oluğa, oluğu kanala çevirebilir. Çünkü sırf kendine ait olan bir mülkte kullanımda bulunmaktadır. Komşusuna gelecek zarar onun kendi mülkünde kullanımda bulunmasına engel olmaz.

Görmez misin (kendi mülkünde olunca) oluğun uzunluğunu veya genişliğini artırma hakkına sahiptir. Çünkü oluğu daha uzun yaparsa su, hakkı olan yerin dışında bir yerden düşer. Genişletse su hakkı olandan daha fazla miktarda düşer.

O oluktan başka bir damın suyunu akıtamaz. Çünkü diğer damların o evin avlusuna su akıtma hakkı yoktur. Bunda ev sahibine daha fazla zarar verilmiş olur. [17/96]

Oluğun yerini değiştirmek istese değiştiremez. Çünkü bu durumda su, hakkı olmayan yerden dökülecektir. Oluğu aşağı indirmek veya yukarı çıkarmak istese yine yapamaz. Bunlardan her birinde oluk ev sahibine sahibinin hakkı olandan daha fazla zarar verilmiş olur. Dolayısıyla ev sahibinin rızası olmadan oluk sahibi böyle yapamaz.

Ev sahipleri, oluk sahibinin akıttığı suya set çekmek için duvar yapamazlar. Çünkü onlar kendi evleri üzerinde başkasının sahip olduğu bir hakka engel olmak istemişlerdir. Bir bina yapıp oluk sahibinin suyunu onun üzerinden akıtma hakkına ise sahiptirler. Çünkü böyle yapılmasından oluk sahibi zarar görmez. Onun açısından yağmur suyunun komşu evin avlusuna veya yaptıkları binanın üzerine dökülmesi arasında fark yoktur.

Ev sahipleri evin avlusuna, geçit hakkı olan kimsenin geçmesine engel olacak bir şey yapamazlar. Avluya bina yapmak istedikleri zaman geçit hakkı olan kimsenin geçebileceği kadar bir yol bırakmaları gerekir. Onun dışında kalan kısma bina yapabilirler. Çünkü onun hakkı yalnızca yolun yerindedir. Onun için ayırdıkları yolun genişliğinde anlaşmazlığa düşerlerse evin kapısının genişliğinde yol yaparlar. Çünkü bu, üzerinde her iki tarafın anlaştığı miktardır. Anlaşmazlık olan miktar ise ev sahiplerine verilir. Diğer yandan geçit hakkı sahibinin kapı genişliğinden daha geniş bir yola ihtiyacı yoktur. Çünkü kendisi ile birlikte ancak evinin kapısından girdirebileceği şeyleri taşıyacaktır. Bunun için ise evin kapısı genişliğinde olan bir yol ile yetinebilir. Allah daha iyi bilir.

BİR ŞEYDE İKİ AÇIDAN DÂVA

Bir kimsenin elinde bir ev olup başka birisi babasının bir yıl önce öldüğünü ve o evi kendisine miras olarak bıraktığını iddia etse ve iki tanık getirse, tanıklar da onun evi iki yıl önce zilyetten satın aldığına tanıklık etseler bu delil kabul edilmez.

Dâvacının iddiası ile tanıkların tanıklığının çelişmesi

Çünkü delilin kabul edilmesinin koşulu dâvanın delil getirilmeden önce olmasıdır. Kul hakları, ancak hak sahibi veya onun yerine geçen bir kimse istediği zaman sabit olur. Bu meselede tanıkların tanıklık ettiği şeyde dâvacının bir iddiası yoktur. Böyle bir şeyi iddia da edemez. Çünkü birinci dâvası ikinci dâvasıyla çelişir. Bir kimsenin, bir yıl önce babasından miras olarak aldığı bir malı iki yıl önce zilyetten satın almış olması düşünülemez. O kimse evin babasından miras kaldığını iddia etmekle satım aldığına tanıklık eden tanıkları yalanlamış olur. Bundan dolayı lehine yaptıkları tanıklık kabul edilmez.

Tanıklar iki yıl önce zilyedin evi o kimseye bağışladığına veya sadaka olarak verdiğine tanıklık etseler yine böyledir.

Dâvacı, zilyedin evi kendisine bir yıl önce sadaka olarak verdiğini iddia etse, tanıklar da iki yıl önce satın aldığına tanıklık etseler, yine tanıklık kabul edilmez. Çünkü ilk dâvasından sonra iki yıl önce satın aldığını iddia etmesi mümkün olmaz. Tanıklık öncesinde dâva olmaması, tanıklıklarıyla uygulama yapılmasına engel olur.

Dâvacı önce, bir yıl önce satın aldığını iddia etse, sonra tanıklar iki yıl önce sadaka olarak aldığına tanıklık etseler, yine böyledir.

[17/97]

Dâvacı bir yıl önce sadaka olarak aldığını iddia etse, sonra getirdiği tanıklar bir ay önce satın aldığına tanıklık etseler, tanıklık kabul edilmez. Ancak dâvacı, "Sahibi sadaka olarak aldığımı inkar etti. Ben de evi satın aldım" diyerek dâva ile tanıklık arasındaki çelişkiyi giderirse, o zaman evin ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü görünüşte tanıklık dâvaya aykırıdır. Ancak çelişkinin giderilmesi mümkündür. Çünkü sadaka veren sadakayı inkar etmiş ve kendisine sadaka olarak verilen kimse de daha sonra evi ondan satın almış olabilir. Dolayısıyla çelişkinin giderilmesi durumunda ortaya konan delil kabul edilir.

Dâvacının iddiaları ile tanıkların tanıklıkları arasındaki çelişkinin giderilmesi durumu

Örneğin, dâvacı bin dirhem alacağı olduğunu iddia etse, tanıklar da bin beş yüz dirhem alacağı olduğuna tanıklık etseler kabul edilmez. Ancak dâvacı "Hakkım bin beş yüz dirhem idi, fakat ben beş yüz dirhemi aldım. Tanıkların bundan haberi olmadı" diye çelişkiyi giderirse, tanıklık kabul edilir. Önceki durumda ise böyle değildir. Çünkü o durumda dâvacının, "Bir yıl önce sadaka olarak verdiğini inkar etti, ben de ondan iki yıl önce satın aldım" diyerek çelişkiyi gidermesi mümkün değildir.

Dâvacı bir yıl önce satın aldığını iddia etse sonra bir ay önce sadaka olarak aldığına tanık getirse, "Satın aldığımı inkar etti, ben de ondan istedim, bana sadaka olarak verdi" dese, bu geçerli bir uzlaştırmadır. Bununla çelişki ve tanıkların yalanlanması ortadan kalkmaktadır.

Aynı şekilde, bir kimse evin bir yıl önce babasından miras kaldığını iddia etse, tanıklar ise bir ay önce zilyetten satın aldığına tanıklık etseler, o da "zilyet evin miras kaldığını inkar etti. Benim delilim yoktu. Ben de bir ay önce ondan satın aldım" dese, bu da geçerli bir çelişki giderme yoludur.

Yine bir kimse birinin elinde olan câriyeye sahip olduğunu iddia edip "O câriyeyi ondan bir yıl önce şu kölem karşılığında satın aldım" dese, bir yıl önce satın aldığını ispat etmek için iki tanık getirse, tanıklar da zaman belirtmeksizin câriyeyi bin dirheme satın aldığına veya bir ay önce satın aldığına tanıklık etseler, dâvacı "Hakim bey! Hüküm meclisinden çıktıktan sonra câriyeyi kölem karşılığında satın aldığımı inkar etti. Ben de bin dirhem karşılığında satın aldım" dese tanıklık kabul edilir. İkinci satım akdi birinci satım akdini bozar. Hakim uzlaştırma durumunda tanıkların tanıklık ettiği akde göre hüküm verebilir.

Tanıklar dâvacının câriyeyi bir yıl evvel veya daha önce bin dirheme satın aldığına tanıklık etseler, tanıklıkları kabul edilmez.

Çünkü elin farklılığı akdinde farklılığını gerektirir. Bir yıl öncesinden satın aldığına tanıklık ederlerse, bunların arasını uyuşturmak mümkün değildir. Çünkü iddia edilen akit ile tanıklık edilen akit arasındaki tarih yoktur. Bir yıldan daha önce bin dirheme satın aldığına tanıklık etseler, hakim tanıklık ettikleri akde göre hüküm veremez. Çünkü iddia edilen akit, iddia edenin iddiasına göre daha sonra olmuştur. Bu ise birinci akdi bozar. Bu nedenle iddia edilen akde göre hüküm vermek mümkün olmaz. Çünkü onun hakkında delil getirilmemiştir. Dolayısıyla bu tanıklık kabul edilmez.

İddia ile tanıklık arasında sözdeki değil içerisindeki uygunluğun esas alınması

Bir kimse diğerinin elinde olan belirli bir malın kendine ait olduğunu iddia etse, tanıkları da onu zilyetten satın aldığına ve satım bedelini ödediğine veya zilyedin onu bağışladığına, ya da sadaka olarak verdiğine, ya da babasından miras olarak kaldığına tanıklık etseler, tanıklık kabul edilir. Çünkü dikkate alınan husus, dâva ile tanıklık arasındaki söz bakımından uygunluk değil, içerik bakımından uygunluktur.

Görmez misin dâvacı "Ben falanca kimsede şu hakkım olduğunu iddia ediyorum" derken, tanık "Ben falanca kimsenin falanca üzerinde şu hakkı olduğuna tanıklık ediyorum" demektedir. Bu iki söz arasında içerik yönünden uygunluk vardır. Çünkü dâvacı mülkiyet iddia etmiş, tanıklar da onun mülkiyet hakkı olduğuna tanıklık etmişler, nedenini de açıklamışlardır. Mülkiyet hakkının doğması için ise bir neden olmalıdır. Tanıkların tanıklıkta mülkiyet nedenini açıklamaları mülkiyet hakkına tanıklık etmelerini güçlendirmiyorsa da yaptıkları tanıklık bu açıklama ile geçersiz olmaz. Dâvacının zilyetten satın aldığını iddia edip tanıkların yalnızca mülkiyet hakkı olduğuna tanıklık etmeleri durumunda ise böyle değildir. Çünkü burada tanıklık konusu dâva konusundan fazladır. Çünkü satın almak yoluyla bir şeye sahip olmak sonradan olan bir şeydir. Mutlak mülkiyete tanıklık etmek ise mülkiyet hakkını en baştan ispat eder. Bu nedenle satıcılar bedelleri birbirinden geri ister. **[17/98]**

Dâvacı mutlak mülkiyet iddia edip tanıklar satın almaya tanıklık edince ise, satın alma ile gerçekleşen mülkiyet hakkı mutlak mülkiyetten daha zayıftır. Bu da tanıklığın kabul edilmesine engel değildir. Nitekim dâvacı bin dirhem alacağı olduğunu iddia etse, tanıklar ise beş yüz dirhem alacağı olduğuna tanıklık etseler, tanıklık kabul edilir. Dâvacı beş yüz dirhem alacağı olduğunu iddia etse, tanıklar bin dirhem alacağı olduğuna tanıklık etseler, tanıklık kabul edilmez. Aynı şekilde dâvacı önce bir malın kendisine ait olduğunu, sonra başkasına ait olduğunu, onu kendi adına dâvada taraf olması için vekil ettiğini (vekalet bi'l-husûme) iddia etse ve delil getirse bu delil kabul edilir. Çünkü iki dâva arasında çelişki yoktur. Dâva vekili (vekil bi'l-husûme) istem hakkı bulunduğunu dikkate alarak malın kendisine ait olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla hakim dâvacının birinci iddiasından sonra tanıkların tanıklık ettiği şeye göre hüküm verebilir.

Dâvacı önce malın, o malla ilgili dâvada kendisini mahkemede temsil etmeye vekil eden falancaya ait olduğunu iddia etse sonra o malın kendisine ait olduğuna dair delil getirse bu delil kabul edilmez.

Çünkü mülkiyetinde olan şey dâva sırasında başkasına bağlanamaz. Dolayısıyla hakim tanıklık edilen şeye yani onun mülkiyet hakkına sahip olduğuna hükmedemez. Çünkü önce iddia ettiği şeyde başkasının adına vekil olduğunu ikrar etmiştir. Mülkiyete hükmedemez. Çünkü tanıklar buna tanıklık etmemiştir. Yine malın başka bir kimseye ait olduğuna delil getirse, bu da kabul edilmez. Çünkü bir malda dâvada taraf olmak için vekil edilen kişinin durumu artı bir durumdur. Ancak bu durum başkasına bir nitelik bahşetmez. Dolayısıyla iki dâva arasında uzlaştırılması mümkün olmayan bir çelişki meydana gelir.

Malın, dâvada taraf olmak için kendisini vekil atadığını zannettiği bir kimseye ait olduğunu iddia etse sonra da "O mala malik iken falanca kimseye sattım. Alıcı olan falan kimse beni dâvada taraf olmaya vekil etti" dese, buna delil getirse, bu delili kabul edilir. Sonraki vekil eden kimseye ait olduğuna hükmedilir. Çünkü iki dâva arasını mümkün bir tarzda uzlaştırmıştır. Şayet biz böyle olduğunu gözümüzle görsek ikinci dâvasını geçerli kabul ederiz. İki dâva arasını bu özellikte uzlaştırınca yine böyledir. Sonraki vekil edene ait olduğuna hükmedilir.

Bu, tanıklar satın alma yoluyla mülkiyet hakkı doğduğuna tanıklık edince böyle yorumlanır. Mutlak mülkiyete tanıklık etmeleri durumunda ise tanıklık kabul edilmez.

Bir kimse hakim huzurunda bir malın kendine ait olduğunu iddia ettikten sonra, malın başkasına ait olduğunu ve o kimsenin kendisini dâvada vekil ettiğini iddia edip delil getirse bu dâva kabul edilir. Çünkü dâvada başkası adına taraf olan kimse isteme hakkını dikkate alarak malın kendine ait olduğunu söyleyebilir. Böylece hakim tanıklığa göre hüküm verir. Allah doğruyu daha iyi bilir.

ÇOCUĞUN NESEBİNİ İDDİA ETMEK

İkrar edilen nesebin reddedilmesi

[17/99]

Şurayh el-Kâdî (rh.a.)'den Ömer (r.a.)'in kendisine "Bir kimse bir çocuğun kendine ait olduğunu ikrar edince artık onun nesebini reddedemez" diye mektup yazdığı rivayet edilmiştir. Ali'den de böyle rivayet edilmiştir. Biz Hanefîler de onların görüşünü benimsiyoruz. Çocuğun nesebi bir kimsenin ikrarı ile sabit olunca, o kişi artık onun nesebini reddedemez. Çünkü nesep kaldırılamaz, bozulamaz. Bir kimseden başka kimseye taşınması düşünülemez. İkrar, ikrarda bulunan hakkında aleyhte bir delil olduğu için, kişinin ikrarı ile nesebin kendisinden olduğu sabit olur.

Şöyle bir itiraz olabilir: Fakat nesep nikah nedeniyle kocadan sabit olmuş iken koca lanetleşme (liân) yaparak nesebi kendisinden uzaklaştırabilmektedir.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: O durumda nesep nikah nedeniyle sabit olmuş ise de, çocuğun o kimseden olmaması mümkündür. Bundan dolayı kocanın, çocuğun nesebini reddetmesi düşünülebilir. Burada ise nesep kocanın, çocuğun kendi sperminden yaratıldığını bizzat ifade etmesiyle sabit olmuştur. Dolayısıyla artık nesebi kendisinden uzaklaştırması düşünülemez. Örneğin, alıcı, satıcının mülkiyet hakkını ikrar ettikten sonra, satılan mal alıcının elinde iken asıl sahibi ortaya çıksa, alıcı satım bedelini geri istese, ikrarı geçersiz olmaz. Bu nedenle o mal bir gün alıcının eline yeniden geçerse satıcıya teslim etmesi emredilir. Satın aldıktan sonra satıcının mülkiyet hakkını ikrar etmemesi durumunda ise böyle değildir. Çünkü satın alma, her ne kadar satıcının mülkiyet hakkı olduğunu ikrar etmek anlamını taşıyorsa da, yine de olasılık bulunmaktadır. Açıkça ikrar etmesi durumunda ise böyle değildir.

Cabir (r.a.)'den şöyle rivayet edilmiştir: Ömer (r.a.) bir erkekle birlikte kuyudan su çeken bir câriyeye rastladı. "Bu câriye kimindir" diye sordu. "Falancanın" dediler. Ömer (r.a.) "Herhalde efendisi onunla cinsel ilişkiye giriyordur" dedi. "Evet" dediler. Ömer (r.a.) "Bu câriye bir çocuk doğursa çocuğun nesebinin efendisine ait olduğuna hükmederim" dedi.

Şâfiî (rh.a.) bu rivayetin görünüşünü alarak "Bir kimse câriyesiyle cinsel ilişkiye girince câriye onun firâşı olur" dedi. Fakat Şâfiî için bu rivayette delil yoktur. Çünkü ona göre firâş hakkı efendinin ikrarı ile sabit olur. Burada ise yabancı kimseler ikrarda bulunmuştur. Bu ikrar ile firâş sabit olmaz. Şâfiî (r.a.)'nin Ömer (r.a.)'in bu sözünü, câriyenin, efendinin ümmü veledi olduğunu bildiği, ya da Ömer' (r.a.)'in bu sözden maksadının câriyeleri erkekler içine karışmaktan men etmek ve alıkoymaya insanları teşvik etmek olduğu şeklinde yorumlamıştır.

Ancak Ömer (r.a.)'den buna aykırı bir olay rivayet edilmiştir. Şöyle ki Ömer (r.a.)'in bir câriyesi vardı. Onunla cinsel ilişkiye girerdi. Câriye bir çocuk doğurdu. Ömer (r.a.) çocuğun nesebini reddetti. "Ömer'in ailesine, onlara benzemeyen bir çocuk katılamaz" dedi. Bunun üzerine câriye çocuğun falanca çobandan olduğunu söyledi.

Zeyd b. Sabit (r.a.)'ten de şöyle rivayet edilmiştir: O câriyesi ile cinsel ilişkiye giriyordu. Câriyesi bir çocuk doğurdu. Zeyd (r.a.) çocuğun nesebini reddederek "Ben onunla cinsel ilişkiye giriyordum. Ancak çocuk doğurmasını istemiyordum yani azil yapıyordum" dedi. İbn Abbas ve İbn Ömer (r.a.)'den de böyle rivayet edilmiştir.

el-Asl'da Muhammed (rh.a.)'in İbn Ömer'den naklettiği şu rivayette diğer görüş sahipleri için delil yoktur: Ömer (r.a.) "Her kim ümmü veledi ile cinsel ilişkiye girer ve onu yitirirse, ondan doğan çocuğun nesebi efendiye ait olur "demiştir. Ömer (r.a.)'in bu sözünde karşı görüş sahipleri (Şâfiî) için delil yoktur. (Yani sırf ilişkiye girmekle nesep sabit olmaz)

Yine Ömer (r.a.)'den şöyle dediği rivayet edilmiştir: "Câriyeleri evlenebileceği kimseden (namahremden) koruyun veya korumayın. Her kim bir câriye ile cinsel ilişkiye girer ve câriye çocuk doğurursa, çocuğun nesebinin o kimseye ait olduğuna hükmederim"

Nesep konusunda şüphenin gerçek gibi olması

Ömer (r.a.) insanları câriyelerinin dışarı çıkmasına engel olmaları ve onları muhsan kılmalarına (koruma altına almalarına) teşvik etmek için böyle söylemiştir.

Nesebin firâş ile sabit olduğu konusunda âlimler (r.a.) arasında görüş ayrılığı yoktur. Firâş ise bazen evlilikle sabit olur. Bazen câriye mülkiyeti ile sabit olur. Geçerli evlilik akdi ile sabit olan firâşta, spermin rahme düşmesinin evlilikten sonra olduğu düşünülebilecek bir vakitte çocuk doğmuşsa, nesep sabit olur. Nesep sahibi (koca) lanetleşme (liân) yapma yetkisine sahip ise, çocuğun nesebini yalnızca liân suretiyle kendisinden uzaklaştırabilir. Cinsel ilişki olması durumunda evlilik şüphesiyle de nesep sabit olur. Bu şüphe bazen geçersiz nikah ile, bazen de birinin bir kimseye falanca kadının onun eşi olduğunu haber vermesi ile sabit olur. Çünkü tedbirli davranılması gereken konularda şüphe gerçek gibi işlev görür. Nesep konusu ise tedbirli dayalı bir konudur. **[17/100]**

Görmez misin mehrin ve iddetin gerekmesi konusunda şüphe, gerçek evlilik gibi kabul edilmiştir. Nesep konusunda da böyle olmalıdır. Nesep şüphe ile sabit olunca, hiçbir durumda reddedilmesi mümkün değildir. Çünkü nesebin sabit olduktan sonra reddedilmesi yalnızca liân yoluyla olur. Geçersiz nikahta ve şüphe ile cinsel ilişkiye girmek durumunda liân söz konusu olmaz.

Câriye mülkiyeti ile sabit olan firâşta ise çocuğun nesebi konusunda iddia olmaksızın nesebin mülkiyet ile, mülkiyet şüphesi ile cinsel ilişkiye girmek ile sabit olmayacağında görüş ayrılığı yoktur. Görüş ayrılığı, efendinin câriyesi ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda firâşın sabit olup olmayacağı konusundadır.

Biz Hanefîlere göre efendi nesebi ikrar etmediği sürece nesep sabit olmaz. Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise cinsel ilişkide bulunmak ile nesep sabit olur. Fakat bu, efendi câriyesi ile cinsel ilişkiye girip onun dışarı çıkmasına engel oluyorsa söz konusudur. Uygun olan, efendinin câriyenin doğurduğu çocuğun nesebini iddia etmesi ve reddetmemesidir. Farklılık bu noktadadır. Fakat çocuğun kendine ait olduğunu iddia etmediği sürece hüküm bakımından çocuğun nesebi ona ait kılınamaz.

Şâfiî (rh.a.) Abdullah b. Zem'a ve Sa'd b. Ebû Vakkâs (r.a.)'tan rivayet edilen şu haberi delil getirmiştir: Onlar Zem'a'nın doğurduğu bir çocuk hakkında Resûlüllah (s.a.v.)'ın huzurunda yargılandılar. Abdullah b. Zem'a "Bu çocuk, babamın oğludur. Onun yatağında doğmuştur" dedi. Sa'd b. Ebû Vakkâs da "Bu çocuk kardeşimin oğludur. Kardeşim onun nesebinin kendine ait olduğunu ve onu kendi aileme almamı bana (ölürken) söylemiştir" dedi. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.),

هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ لِوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ

"Abdullah! Bu çocuk sana aittir. Çocuk firâş sahibine aittir. Zina eden ise mahrumdur"[37] buyurarak Zem'a'nın câriye ile cinsel ilişkide bulunduğunu ikrar etmek konusunda, onun yerine geçen kimsenin yaptığı ikrara dayanarak nesebin Zem'a'ya ait olduğuna hükmetmiştir. Oysa Zem'a'nın daha önce o çocuğun nesebi hakkında bir iddiası bulunmamıştır. Bu, firâşın bizzat cinsel ilişkide bulunmak ile sabit olduğunu göstermektedir.

Bunun anlamı şudur: Efendi menisini, akıtması câiz olan bir yere akıtmıştır. Dolayısıyla doğan çocuğun nesebi evlilik firâşında olduğu gibi, ondan sabit olur. Çünkü mülkiyet nedeniyle cinsel ilişkide bulunmak, evlilik akdi hükmündedir.

Görmez misin evlilikle sabit olduğu gibi, câriyelikle de sıhriyet (evliliğe dayalı akrabalık) haramlığı sabit olur. Hatta haramlıkta câriye ile gerçekleşen cinsel ilişki daha kuvvetlidir. Çünkü üvey kızın haramlığı evlilik ile değil, cinsel ilişkide bulunmakla sabit olur. Yine evlilikle olduğu gibi, câriye mülkiyeti ile de iki kız kardeşi cinsel ilişkide birleştirmek haramdır. Sonuç olarak firâş, nesep açısından, evlilikle sabit olduğu gibi câriye mülkiyeti ile olan cinsel ilişki ile de sabit olur.

Biz Hanefîlerin delilimiz ise şöyledir: Câriye ile cinsel ilişkiye girmek ona malik olmak gibidir. Câriyeye malik olmakla firâş sabit olmaz. Çünkü olasılık taşımaktadır. Bir kimse câriyeyi satmak için de, onunla cinsel ilişkide bulunmak için de mülk edinmiş olabilir. Câriye ile cinsel ilişkiye girmesi de çeşitli olasılıklarla olabilir. Odalık yapma (istifraş) için olabileceği gibi şehveti gidermek için de olabilir. Genellikle kişinin şehveti gidermek için cinsel ilişkiye girdiği azil[38] yapmasından anlaşılır. Şehveti giderme maksadı ile cinsel ilişkiye girme yalnızca câriyelerde söz konusudur. Olasılık taşıyan şey ise delil olamaz. Dolayısıyla geride hiç olasılık bırakmayan nesep iddiası olmadığı sürece, nesep sabit olmaz. Evlilikte ise böyle değildir. Çünkü evlilik âdeten yalnızca cinsel ilişki (firâş) için olur.

Bundan dolayı evlilikte cinsel ilişkiye girme imkânına sahip bulunmak gerçekten cinsel ilişkide bulunmak hükmünde kabul edilmiştir. Câriye ile cinsel ilişkiye girme imkânına sahip olmak ise olasılık bulunduğu için ittifakla nesebi ispat etmez. Gerçekten cinsel ilişkide bulunmakla da nesep sabit olmaz.

Diğer yandan evlilikte çocuğun nesebi sabit olmakla kocanın eşi üzerindeki kesin mülkiyeti geçersiz olmamaktadır. Burada ise câriyenin çocuğunun nesebi efendiden sabit olmakla, câriyenin malî değer mülkiyeti ve üzerinde kullanımda bulunma hakkı kalkar. Olasılık taşıyan bir şey, kesinleşmiş bir mülkiyeti geçersiz kılmak konusunda, delil olamaz. Câriye ile cinsel ilişkide bulunmak bu açıdan sıhriyet haramlığından (hürmet-i musaharadan-evlilikten doğan haramlıktan) ayrılmıştır. Çünkü sıhriyet haramlığında mülkiyetin geçersiz kılınması söz konusu **[17/101]**

---

[37] *Muvatta*, Akdiye 21; Buhârî, Buyû' 3; Müslim, Radâ 36; Ebû Dâvûd, Talak 33; Tirmizî, Radâ 8.

[38] **Azl / العزل:** Cinsel ilişki sırasında meninin dışarıya akıtılması demektir.

değildir. Diğer yandan haram konusu tedbirliliğe dayalıdır. Bundan dolayı olasılık bulunmakla birlikte ispat edilmesi câizdir. Ayrıca nesebin sabit olması, cinsel ilişkide bulunan erkekle kadın arasında fiili birliktelik itibariyledir. Bu nedenle kadının anneleri ve kızları erkeğin anneleri ve kızları gibi olmaktadır. Bu da câriye mülkiyeti ile gerçekleşir.

Görmez misin süt emme; evlilik yasağı gerektirme konusunda nesep gibi kabul edilmiş, mülkiyetin iptal edilmesi konusunda yani özgür olma konusunda ise onun gibi kabul edilmemiştir.

Yine bir kimsenin iki kız kardeşi aynı anda nikahında bulundurmasının yasaklanması da, aralarındaki akrabalık ilişkisini kesmemek içindir. Bu câriye mülkiyeti ile olan cinsel ilişki ile de gerçekleşir.

Abdullah b. Zem'a hadisine gelince Ebû Yusuf (rh.a.) *Emâlî* adlı kitabında Zem'a'nın câriyesinin onun ümmü veledi olduğunu söylemiştir. Hadisin bazı rivayetlerinde "Bu, babamın çocuğudur. Babamın yatağında doğdu. Babam bunu ikrar etti" dedi" ilavesi vardır.

Bize göre câriyenin efendisi, onun doğurduğu çocuğun nesebini ikrar edince nesep kendisinden sabit olur. Bununla birlikte Peygamber (s.a.v.)'in "Abdullah! Bu senindir" sözü nesebe hükmetmek değil, mülkiyete hükmetmektir. Çünkü çocuk, babasının câriyesinin çocuğudur. Ayrıca efendi, çocuğun nesebini ikrar ettiği için, çocuk özgür olmuştur.

Görmez misin Peygamber (s.a.v.) Sevde (r.a.)'ye

فامَا أنْتِ يَا سَودَةُ فاحتجبي منهُ فإنَّهُ ليس بأخٍ لك

"Sevde! Sen ona karşı örtün. Çünkü o senin kardeşin değildir"[39] buyurmuştur. Peygamber (s.a.v.)'in "Çocuk firâşa aittir" sözünden maksadı nesebin, Zem'a'ya ait olduğuna hükmetmek değil, Utbe b. Ebû Vakkâs'a ait olmadığını pekiştirmektir. Çünkü o, câriye ile zina etmiştir.

Câriye bir kimsenin yanında iken gebe kalsa, sonra o kişi câriyeyi satıp satım bedelini alsa, sonra câriye altı aydan daha kısa bir sürede çocuk doğursa bunun üzerine satıcı çocuğun kendine ait olduğunu iddia etse, biz Hanefîlere göre çocuğun nesebi ondan sabit olur. Câriyenin onun ümmü veledi olduğuna hükmedilir. Çocuğu aslen özgür olur. Satım bedelini alıcıya geri vermesi gerekir. Bu, biz Hanefîlere göre istihsanen böyledir.

Kıyasa göre ise alıcı doğrulamadığı sürece nesep satıcıdan sabit olmaz. Züfer ve Şâfiî (rh.a.) bu görüşü benimsemişlerdir.

---

[39] Abdurrezzak, *Musannef*, VII/443; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/V; Hâkim, *Müstedrek*, IV/108; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, XI/11.

Kıyasın delili şöyledir: Satıcı, sözünde çelişkilidir. Kendisi tarafından tamam olmuş bir satım akdini kaldırmaya çalışmaktadır. Bundan dolayı sözü kabul edilmez. Bu, satıcının "Ben bu câriyeyi satmadan önce özgür kılmıştım" veya "müdebber kılmıştım" demesi gibidir. Çünkü satıcının câriyeyi satma girişiminde bulunması ümmü veledi olmadığını ikrar etmesi demektir.

Bizi Hanefîlerin delilimiz ise şöyledir: Biz spermin rahme düşmesinin satıcının mülkiyetinde iken gerçekleştiğini kesin olarak bildik. Bu, câriye üzerinde başkasının hakkını iptal etme konusunda delil hükmünde kabul edilir. Nitekim maraz-ı mevtte (ölüm hastalığında) olan bir kimsenin câriyesi, onun mülkünde iken bir çocuk doğursa ve hasta kimse, nesebin kendinden olduğunu iddia etse bu, alacaklıların ve mirasçıların câriye ve çocuğu üzerindeki haklarını iptal etmek konusunda delil hükmünde kabul edilir.

Hükmün temel nedeninin açıklaması şöyledir: Gebelik süresinin alt sınırı altı aydır. Câriye bu süre içinde bir çocuk doğurunca döllenmenin satım akdinden önce gerçekleştiğini anlarız. Temel nedenin etkisi de şudur: Döllenmenin o kimsenin mülkiyetinde gerçekleşmesi ile, nesep dâvası açarak çocuğun nesebini kendine katma hakkı sabit olur. Nesep iptal edilemez. Satım akdi ise iptal edilebilen şeyleri iptal eder. İptal edilebilir olmayan şeylerde ise satım akdinden önceki ve sonraki durum birdir. Efendinin, çocuğun nesebini kendine katma hakkı devam ettiğine göre, sabit olan şey yani alıcının doğrulamasına gerek olmaksızın çocuğun nesebini iddia ederek kendine katma hakkı devam eder. Döllenme işinin gizli olması da çelişkiyi düşürmekte ve satım akdini iptal etmek konusunda sözünü kabul etmekte mazereti olmaktadır.

Nitekim nesebi inkar eden koca, hakim nesebin ondan olmadığına hükmettikten sonra kendini yalanlasa, çocuğun nesebi ondan sabit olur. Hakimin hükmü geçersiz olur. Çelişkiye de bakılmaz. Çünkü insan döllenmenin kendinden olmadığını zannedip sonra kendinden olduğunu anlayabilir. Özgür olma ve müdebber kılma dâvasında ise böyle bir durum söz konusu değildir. Bundan dolayı o konuda satıcının sözü kabul edilmez. **[17/102]**

Satıcının iddiasından sonra çocuğu alıcı da iddia etse, kıyasa göre nesep alıcıdan sabit olur. Çünkü satıcının nesep dâvası geçerli olmamıştır. İstihsana göre ise nesep satıcıdan sabit olunca alıcının nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü satım akdi bozulmuş ve alıcı yabancı bir kimse gibi olmuştur. Diğer yandan nesebi satıcıdan sabit olduğu için çocuğun nesebe ihtiyacı kalmamıştır.

Çocuğun nesebini önce alıcı iddia etmişse, nesep ondan sabit olur. Çünkü câriye o sırada onun mülkiyetindedir. Onu ve çocuğunu özgür kılma yetkisine sahiptir. Bundan dolayı nesep dâvası geçerli olur. Çünkü çocuğun nesebe ve özgürlüğe ihtiyacı vardır. Alıcının ikrarı ile câriyenin ümmü veledliği de sabit olur. Artık alıcının iddiasından sonra satıcının nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü nesebi

alıcıdan sabit olunca, çocuğun nesebe ihtiyacı kalmamıştır. Diğer yandan bu dâva ile, iptal edilemeyen bir şey yani nesep sabit olmaktadır. Bundan dolayı daha önce zaruri olarak satıcıya ait olan nesebi, bir daha kendine katma hakkı geçersiz olur.

Hak ile gerçek mülkiyet çeliştiğinde, hakkın dikkate alınmaması

Satıcı ve alıcı ikisi birlikte iddia ederse bize göre nesep satıcıdan sabit olur. İbrahim en-Nehaî (rh.a.) "Nesep alıcıdan sabit olur. Çünkü alıcının câriye ve çocuğu üzerinde gerçek mülkiyeti vardır. Satıcının ise hakkı vardır. Hak gerçek mülkiyete denk olamaz. Nitekim bir kimsenin câriyesi bir çocuk doğursa, o ve babası birlikte çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etse nesep efendiden sabit olur. Çünkü onun câriye üzerinde gerçek mülkiyeti vardır. Babasının ise hakkı vardır. Gerçek mülkiyet karşısında hak dikkate alınmaz.

Bizim delilimiz ise şöyledir: Satıcının nesep dâvası, çocuğu kendisinin yaptığı (istilad) dâvasıdır. Çünkü döllenme onun mülkünde iken gerçekleşmiştir. Alıcının dâvası ise özgürlüğe kavuşturma dâvasıdır. Çünkü döllenme onun mülkünde iken gerçekleşmemiştir. Özgür kılma, çocuğu kendisinin yapma (istilad) dâvasına denk olmadığı gibi özgürlük dâvası da çocuğu kendi nesebine katma (istilad) dâvasına denk olamaz. Şöyle ki çocuğu kendi nesebine katma dâvası şimdiki zamanla sınırlı olmayıp döllenme vaktine dayanır. Özgürleştirme dâvası ise şimdiki zamanla sınırlıdır. Dolayısıyla satıcının dâvası anlam bakımından daha önce olduğu için, şekil bakımından da daha önce kabul edilir. Efendinin babasıyla birlikte nesep iddiasında bulunması ise böyle değildir. Çünkü babanın nesep dâvasının geçerliliğin koşulu, döllenme vaktinden itibaren câriyeye malik olmaktır. Oğlunun malında mülkiyeti ve mülkiyet hakkı yoktur.

Efendinin nesep iddiası ile babasının nesep iddiasının birlikte bulunması, bu koşulun gerçekleştirilmesine engel olur. Bundan dolayı çocuğun nesebini, babadan değil, efendiden ispat ettik.

Alıcı, çocuğun annesini özgür kılsa veya ümmü veled kılsa (ondan çocuk yapsa), ya da müdebber kılsa, sonra satıcı çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, nesebi kendisinden sabit olur.

Çünkü çocuk annesi özgürlüğüne kavuştuktan sonra nesebe ihtiyaç duymuştur. Nesep iddiası ile amaçlanan şey de budur. Anne üzerinde ümmü veledlik hakkı çocuğun nesebine tabi olarak sabit olur. Dolayısıyla satışın yapılmasının imkansızlaşması, aslın sabit olmasının imkansızlığını gerektirmez. Çünkü çocuğun nesebinin sabit olması, annenin ümmü veled olmasını gerektirmez. Nitekim aldanan (mağrur[40]) kimsenin çocuğunun nesebi sabit olur. Anne ise aldatılmış kimsenin ümmü veledi olmaz. Sonra satıcı, satım bedelinden annenin değil, çocuğun payını geri verir. Çünkü alıcının özgür kılma kullanımı

[40] Bir kimsenin, özgür olduğunu zannederek evlendiği kadının câriye olduğu ortaya çıksa veya bir kimseden satın aldığı câriyenin başka bir kimseye ait olduğu ortaya çıksa o kimseye "mağrûr=aldanmış" denir.

gerçekleştiği için anne hakkındaki satım akdinin bozulma imkânı kalmamıştır. Özgür kılınması geçerli olduktan sonra, mülkiyete dayanılarak anne ile cinsel ilişkiye girilmesi câiz değildir. Satım akdinin çocuk hakkında bozulma imkânı ise ortadan kalkmamıştır. Çocuk bu geri isteme ile, bizzat kastedilir olmuştur. Dolayısıyla satım bedelinde çocuğun da payı olur. Bundan dolayı alıcı çocuğun satım bedelindeki payını geri ister.

Anne ölse, sonra satıcı çocuğun nesebini iddia etse, açıkladığımız gerekçe ile nesep iddiası geçerli olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre satıcı bedelin tamamını geri verir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise "Satıcı, annenin payına düşen miktarı elinde tutar" demiştir. Çünkü annenin ölmesi nedeniyle satım akdinin onun hakkında bozulma imkânı kalmamıştır. Nitekim birinci durumda da böyledir. [17/103]

Bu mesele aslında Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) arasında ümmü veledin mal olup olmadığı konusundaki meşhur görüş ayrılığına dayanmaktadır.

Şöyleki Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ümmü veledin kölelik değeri yoktur. Bu nedenle gasbedilmesi durumunda ödenmez. Bunun gibi satım bedelinde de payı yoktur. Satıcı onun ümmü veled olduğunu iddia etmiştir. İddiası kendi aleyhinde bir delildir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ümmü veledin kölelik değeri vardır. Bu nedenle gasbedilmesi durumunda ödenir. Dolayısıyla satıcı onun satım bedelindeki payını elinde tutar.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu mesele ile birinci mesele arasındaki fark şudur: Birinci meselede hakim câriyenin alıcı tarafından özgür kılındığına veya müdebber kılındığına, ya da ümmü veled olduğuna hükmedince, satıcıyı iddia ettiği şeyde yalanlamış olur. Dolayısıyla satıcının iddiası için başka bir şey kalmaz.

Bu meselede ise câriyenin ölmesiyle, satıcının iddia ettiği şeyin aksine hükmetmek câiz olmaz. İddiası kendisi hakkında muteber olarak kalır. Bundan dolayı satım bedelinin tamamını geri verir.

Satın alan, anneyi satsa, bağışlasa, rehin olarak verse, kiraya verse veya onunla mükâtebe akdi yapsa bütün bunları iptal ederim. Câriyeyi satıcıya geri veririm. Çünkü bu kullanımlar birinci satım akdi gibi bozulabilir.

Satın alan, çocuğu özgür kılsa veya müdebber kılsa sonra satıcı çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, alıcı onu yalanlarsa satıcı bu konuda doğrulanmaz. Çünkü çocuk nesep iddiası konusunda bizzat kastedilmektedir. Alıcı onun hakkında kaldırılamayan bir şeyi yani velâ hakkını sabit kılmıştır. Dolayısıyla satıcının daha önce sahip olduğu, çocuğun nesebini kendine katma hakkı geçersiz

olur. Çünkü velâ hakkı[41] nesep gibidir. Biz daha önce açıkladık ki nesep alıcıdan sabit olunca satıcının artık nesep iddia etme hakkı kalmaz. Alıcının velâ hakkı sabit olunca da böyle olmalıdır. Yine çocuk alıcının yanında iken öldürülse ve alıcı onun değerini alsa sonra satıcı nesep iddiasında bulunsa nesep iddiası geçerli olmaz. Nitekim çocuğun ölmesi durumunda da böyledir. Çünkü ölmekle veya öldürülmekle çocuğun nesebe ihtiyacı kalmamıştır. Satıcının nesep iddiasının geçerli olması ise çocuğun nesebe ihtiyaç duymasından dolayıdır. Ayrıca çocuğun annesi de satıcıya geri verilmez. Çünkü annenin hakkı çocuğun nesep konusundaki hakkına tabidir. Asıl ise sabit olmamıştır. Dolayısıyla tabi olan da sabit olmaz. Çünkü sabit olsa tabi değil, bizzat kastedilir olacaktır.

Çocuğun eli kesilse ve alıcı değerinin yarısını alsa, sonra satıcı çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, iddiası geçerli olur.

Çünkü eli kesik olan çocuk nesebe ihtiyaç duyar. Hakkındaki satım akdinin bozulması için de elverişlidir. Fakat erş (organ diyeti) alıcıya ait olarak kalır. Çünkü elin diyetinin alınması onun mülkü olması hükmündedir. Satıcının nesep dâvası ise kesilen elde değil, var olan organlarda etkili olur. Çocuğun nesebinin sabit olması alıcının diyet üzerindeki hakkının geçersiz olmasını gerektirmez. Çünkü el genel olarak çocuktan ayrılabilir. Çünkü erş bir maldır. Neseple ilgisi yoktur. Dolayısıyla alıcı câriyeyi çocuğuyla birlikte satıcıya geri verir. Elin diyeti dışında kalan satım bedelini geri alır. Çünkü elin diyeti alıcının yanında kalmıştır. Bedava olarak ona ait olamaz. Fakat satım bedelinden elin diyetine karşılık olan miktar satıcıya ait olur. Nitekim annenin alıcı yanında hapsedilmesi meselesinde bunu belirtmiştik. [17/104] Annenin eli kesilse hüküm yine böyledir. Çünkü işaret ettiğimiz gerekçe her iki mesele için de geçerlidir.

Bir kimse çocuğun gözlerini çıkarsa ve alıcı çocuğu o kişiye verip değerini alsa, sonra satıcı çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, iddiası geçerli olur.

Çünkü gözleri çıkarılan kimse nesebe muhtaçtır. Alıcının işlenen suç nedeniyle çocuğu geri vermesi kaldırılabilir bir kullanımdır. Bundan dolayı satıcının nesep iddiasının geçerliliğine engel olmaz. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre alıcı, çocuğu ve annesini satıcıya geri verir. Satıcı da bedeli alıcıya geri verir. Çünkü Ebû Hanîfe

---

[41] **Velâ / الولاء:** Bir kimsenin diğer bir kişiye varis olmasını mümkün kılan hükmî bir yakınlıktır. Velâ akdi, velâ-i atâka ve velâ-i müvâlât olmak üzere iki kısma ayrılır: Velâ-i atâka; Mevlâ (efendi) ile memlükü (kölesi) arasında azat sonucu meydana gelmiş olan bir velâ ve yardımlaşma anlaşmasıdır. Bu durumda, özgür bırakılan kölenin herhangi bir cinayet işlemesi halinde diyetini mevlâsı verir; vefat edip derecesi daha önce olan bir varisi bulunmadığı zaman ise, onun mirasını mevlâsı alır. Bu velâ akti "velâ-i nimet" adıyla da bilinir. Kölesini özgür bırakan efendiye "mevlâ'l-atâka" veya "mevlâ'l-atîk" denir. Velâ-i müvâlât ise, nesebi bilinmeyen bir kimsenin, belirli bir takım koşullar çerçevesinde başka bir kişiyle gerçekleştirmiş olduğu bir dayanışma anlaşmasıdır. Bu velâ akdinde nesebi meçhul kişiye "mevlâ-i esfel", bu akdi yapmayı kabul eden kimseye ise "mevlâ-i a'lâ" denir.

(rh.a.)'nin kuralına göre suçlu alıcıdan değerin tamamını geri alır. Çünkü kör beden suçluya teslim edilmeyince Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre suçlu hiçbir borç altına girmez. Bu nedenle, efendi kölenin bedenini tutmayı ve değerdeki eksilmeyi geri almak istese Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bunu yapamaz. Gözlerin yerine alıcının eline bir şey geçmeyince satıcı bedelin tamamını geri verir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise alıcı, suçludan gözlerin değerdeki neden olduğu eksikliği ister. Çünkü ilk önce gözü tutmayı ve gözlerin değerde neden olduğu eksikliği istemeyi isteseydi böyle yapabilirdi. Sonradan böyle yapmak isteyince de bu hakkı olmalıdır.

Alıcının gözlerin kölenin değerinde neden olduğu eksikliği isteme hakkı olunca satıcı değerdeki eksiklik dışında kalan bedelin tamamını geri verir. Annenin gözleri çıkarılsa hüküm yine bu şekildedir.

Satıcı, câriyenin satılmasından itibaren altı ay içinde doğurduğu çocuğun nesebini iddia etse, alıcı onu yalanlasa sonra çocuk öldürülse veya eli kesilse, cinayet işleyen kimse özgür bir kimseye karşı işlediği cinayette ne ödeyecek idiyse onu öder.

Çünkü sırf dâva ile nesep sabit olur. Çocuk özgür olur. Alıcının yalanlamasına bakılmaz. Nesep sabit olduktan sonra ise cinayet özgür bir kimseye karşı işlenmiş olur.

Cinayet anneye karşı işlenmiş ise, cinayet işleyen kimse ümmü velede karşı cinayet işlediği zaman ne ödeyecek idiyse onu öder. Çünkü çocuğun nesebinin sabit olması ile annesinin ümmü veled olma hakkı sabit olmuştur. Sonuç olarak bu satışın iptal edilmesi ve çocukla annesinin satıcıya geri dönmesi için hakimin hükmüne gerek yoktur. Çünkü satıcının nesep iddiası ile câriye ve çocuğu hakkında, satım akdine aykırı olan bir şey sabit olmuştur. Çocuk bir suç işlerse bu suç özgür bir kimsenin işlediği suç gibidir. Annesinin işlediği suç da ümmü veledin işlediği suç gibidir. Çünkü nesep iddiası ile câriyenin ümmü veledliği sabit olmuştur.

Câriye ve çocuğun işledikleri cinayet nesep dâvasından önce olmuşsa, suçun getireceği yükümlülük alıcıya değil, satıcıya ait olur. Çünkü satıcı nesep iddiasında bulunmakla alıcının hiçbir etkisi olmadan onun câriye ve çocuğu üzerindeki mülkiyetini iptal etmiştir. Bundan dolayı cinayetlerinin gerektirdiği sorumluluklardan hiçbiri alıcıya ait olmaz. Fakat satıcı cinayeti biliyorsa onda ihtiyar (irade) sahibidir. Çünkü nesep iddiasında bulunmakla çocuğun özgürlüğünü, annesinin ümmü veledlik hakkını ispat etmiştir. Dolayısıyla bunu cinayetten sonra yapmış gibi olur. Bu nedenle ihtiyar sahibidir.

Câriye henüz doğurmamış olup satıcı câriyenin kendisinden gebe kaldığını iddia etse, alıcı da "Câriye gebe değildir" dese, onu kadınlara gösterse, kadınlar da "Bu gebedir" deseler, ya da alıcı "Câriye gebedir, fakat senden değil" dese,

câriye dogum yapıncaya kadar satıcı iddiasında doğrulanmaz. Çünkü gerçekten gebe olup olmadığını bilmenin yolu yoktur. Bu, bilgisini Allahu Teâlâ'nın kendisine seçtiği konulardan biridir. Çünkü Allah Teâlâ,

﴿ ويعلم ما في الأرحام ﴾

"Rahimlerde olanı O bilir" (Lokman 31/34) buyurmaktadır.

Diğer yandan satıcının nesep dâvasının geçerli olmasının koşulu, câriyenin satım vaktinden itibaren altı ay içinde doğum yapmış olmasıdır. Böylece
[17/105] döllenmenin onun mülkünde iken olduğu kesin olarak bilinmiş olur. Câriyenin altı ay içinde doğum yapıp yapmayacağı ise bilinemez. Henüz yaratılışı belirginlik kazanmamış bir düşük yapabilir veya altı ay geçtikten sonra doğum yapabilir. Bundan dolayı satıcının nesep iddiası geçerli olmaz. Altı ay dolmadan doğum yaparsa, o zaman satıcının nesep dâvası geçerli olur. Doğumdan sonra nesep iddiasında bulunmuş gibi kabul edilir. Çünkü biz döllenmenin onun mülkünde iken gerçekleştiğini kesin olarak anladık. Câriye çocuğu altı aydan daha az bir süre içinde doğursa ve satıcı çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia edip "Gebelik benim yanımda iken olmuştur" dese, alıcı da "Gebelik senin yanında olmadı. Sen satın almadan önce döllenme gerçekleşmişti" dese, satıcının sözü kabul edilir. Çünkü her iki taraf da döllenmenin satıcının mülkünde iken var olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Dolayısıyla görünüş satıcı lehine tanık olur. Diğer yandan alıcı döllenme konusunda satıcının mülkiyetinden daha önceki bir tarihi iddia etmektedir. Bu konuda doğrulanmaz. Her iki taraf da delil getirirse satıcının delili kabul edilir. Çünkü o, döllenme konusunda, mülkünde önceki bir tarihi ispat etmektedir. Mülkü ise kendi hakkıdır. Dolayısıyla tarihte öncelik konusunda getirdiği delil kabul edilir. Bu konuda Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre şüphe yoktur.

Hanefi fakihleri Muhammed (rh.a.)'in görüşünde ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmı onun da bu görüşte olduğunu söylemiştir. Bir kısmı ise Muhammed (rh.a.)'e göre alıcının delilinin kabul edileceğini söylemişlerdir. Çünkü delile ihtiyaç duyan taraf odur. Bu meselenin aslı alıcının "Ben bu câriyeyi senden bir yıl önce satın aldım" demesi, satıcının da "Ben bu câriyeyi sana bir ay önce sattım" demesi meselesidir. Bu durumda satıcının sözü kabul edilir. Çünkü alıcı satın almasında daha önceki bir tarihi iddia etmektedir. Bu nedenle bu konuda delil getirmeden doğrulanmaz. Her iki taraf da delil getirirse, Ebû Yusuf'a göre satıcının delili kabul edilir. Çünkü getirdiği delil ile döllenmenin, kendi mülkünde gerçekleştiğini ispat etmektedir. Nesebi kendine katma hakkı da onun için sabittir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise alıcının getirdiği delili kabul edilir. Çünkü satın almada önceliği ispat etmeye ihtiyaç duyan taraf odur. Dolayısıyla getirdiği delil ile bir yıl önce satın aldığını ispat

etmiş olur. Bu, satıcının nesep dâvasının geçerli olmasına engeldir. Bundan dolayı onun delili kabul edilir.

Satılan câriye altı aydan az bir süre içinde bir kız doğursa, sonra kızı büyüse bir erkek çocuk doğursa ve alıcı erkeği özgür kılsa sonra satıcı kızın nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, kızın nesebi ona ait olur. Çünkü kızın döllenmesi onun mülkünde iken gerçekleşmiştir. Onun hakkındaki nesep dâvası da ümmü veled sahibi olma dâvasıdır. Böylece kız aslen özgür olur. Bu, alıcının erkek çocuğu özgür kılma kullanımını iptal eder. Çünkü özgür kılma kölelik durumunda söz konusu olur. Kızın aslen özgür olması ise erkek çocuğun, ondan özgür olarak doğmasını gerektirir. Kız, bir kız çocuğu doğursa hüküm yine böyledir.

Görmez misin bir kimsenin câriyesi kendi yanında iken bir erkek çocuk doğursa, sonra bu çocuk büyüyüp bir oğlu doğsa, efendi kendi yanında doğan erkeğin çocuğunu satsa, alıcı da onu özgür etse, sonra satıcı döllenmesi mülkünde iken gerçekleşen erkek çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, nesep dâvası geçerli olur. Onun oğlunun satışı ve alıcının onu özgür kılması geçersiz olur. Çünkü nesep dâvasının geçerli olması ile çocuğun babasının aslen özgür olduğu anlaşılmıştır. Bu oğlun da özgür olmasını gerektirir. Çünkü oğul, babasının nesebini iddia eden kimseye ait olan bir câriyeden doğmuştur. Dolayısıyla oğlun oğlunun da mülkiyetinin o kimseye ait olduğu ve satmadan önce özgür kılmanın onu da kapsadığı anlaşılmıştır. Böylece alıcının satın alması ve özgür kılması geçersiz olmuştur.

Bu ikiz çocuk gibidir (التَّوْأَم).

Bazı nüshalarda "İkiz çocuk gibidir, (التَّوْأَمَيْن)" şeklindedir. Dil bilginlerine göre her iki kullanım da câizdir. Bazı dil bilginleri "التَّوْأَم" kullanımının daha doğru olduğunu söylemişlerdir. Nitekim onlar bir çifttir" denir" Bazı dil bilginleri ise "التَّوْأَمَان" kullanımının daha fasih (düzgün ve güzel) olduğunu söylemişlerdir. [17/106]
Nitekim "Onlar iki denktir" ve "Onlar iki kardeştir" denir.

Bunun açıklaması şöyledir: Bir câriye efendinin mülkiyetinde iken gerçekleşen döllenmeden bir defada iki çocuk birden doğursa, efendi onlardan birini satsa, alıcı da onu özgür kılsa, sonra satıcı, yanında olan çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, her iki çocuğun nesebi de ondan sabit olur. Çünkü çocuklar aynı sudan yaratılmışlardır. Dolayısıyla nesep konusunda biri diğerinden ayrılamaz. Her ikisi için döllenme onun mülkünde iken gerçekleşmiştir. Bu nedenle satıcının yanında olan çocuk aslen özgür olur. Bu, diğerinin de aslen özgür olmasını gerektirir. Dolayısıyla bu, alıcının diğer çocuğu satın alıp özgür etmesini geçersiz kılmak konusunda delil getirmek hükmünde olur. Önceki meselede de böyledir. Bu daha önce geçen "Alıcı anneyi özgür kılıp satıcı çocuğun nesebini iddia etse, alıcının anneyi özgür kılması geçersiz olmaz" meselesinden farklıdır. Çünkü çocuğun aslen özgür olduğunun sabit olması, kandırılan kimsenin çocuğu

hakkında anne için de ümmü veled olma hakkının doğmasını gerektirmez. Ayrıca o meselede alıcının özgür kılmasını geçersiz kabul etsek, câriyeyi özgürlük durumundan kölelik durumuna geri çevirmiş oluruz. Bu ise câiz değildir. Çünkü özgür olma köleliği düşürmüştür. Düşürülen şey ise acele edip gidendir. Geri dönmesi düşünülemez. Bu meselede ise alıcının özgür kılmasını geçersiz kabul etsek çocuğu aslen özgür olma durumuna çevirmiş oluruz. Bu da doğrudur. Diğer yandan bunda alıcı için sabit olan velâ hakkını iptal etme vardır. Velâ hakkı ise mülkiyetin sonuçlarından biridir. Bundan dolayı delil olmadıkça düşürülmesi câiz olmaz. Onun için bu durumlarda alıcının özgür kılmasını geçersiz kıldık.

Satıcı oğlun oğlunu değil de, oğlu satsa, alıcı da onu özgür kılsa, sonra alıcı satılan kölenin nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü nesep dâvası ile kastedilen, oğuldur. Ona ise alıcı tarafından, kaldırılamayan bir hak yani velâ hakkı ilişmiştir. Dolayısıyla bununla satıcının daha önce sahip olduğu nesebine katma hakkı geçersiz olur. Elinde olan oğlun oğlu da özgür olur. Çünkü onun, oğlunun oğlu olduğunu iddia etmekle onun özgür olduğunu ikrar etmiştir. Ancak nesep ikrarı, bir engelden dolayı nesebi ispat konusunda etkili olmamışsa da, özgürlük konusunda etkili olur.

Nitekim bir kimse, nesebinin başkasına ait olduğu bilinen kölesi hakkında "Bu benim oğlumdur" dese köle özgür olur. Çocuk alıcının yanında iken ölse hüküm yine böyledir. Çünkü çocuk ölmekle nesebe ihtiyacı kalmamış ve satım akdi de bozulabilir olmaktan çıkmıştır. Bundan dolayı satıcının nesep dâvası çocuk hakkında etkili olmamış, ancak ikrarı ile oğlun oğlu özgür olmuştur. Nitekim bunu açıklamıştık.

Oğlun yerinde bir kız olsa ve alıcının yanında iken ölse, sonra satıcı onun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, nesep dâvası onun hakkında da, kızı hakkında da geçerli değildir. Bu ve lanetleşme (liân) Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre aynı hükümdedir. Şöyle ki liân yapılan kadının çocuğu kız olsa ve bir oğul doğursa, sonra anne ölse, sonra da liân yapan koca kendini yalanlasa, kendisinin yerine geçen bir oğul varken, kendi kendini yalanlamasının nesebi ispat etmek konusunda bir etkisi olmaz. Burada da böyle olmalıdır.

Bu iki meselenin temel nedeni (illeti) aynıdır. Bu temel neden, hayatta olan çocuğun, annesine değil, babasına bağlanmasıdır. Bu durumda anne çocuk bırakmadan ölmüş gibi kabul edilir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise bununla, lanetleşilen kadının çocuğunu birbirinden ayırmaktadırlar. Onlara göre bu kimsenin oğlunun çocuğu lanetleşilen kadının çocuğu yerine geçmek konusunda oğlun çocuğu gibidir. Bu nedenle lanetleşen kocanın kendini yalanlaması doğru olur. Lanetleşilen kadının çocuğunun nesebi ölü bile olsa sabit olur. Çünkü o meselede nesebin aslı firâş ile sabit olmuştu. Lanetleşme ile gizlendi. Kocanın hakkına bağlı kaldı. Bu nedenle

[17/107]

başka birisi çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse geçerli olmaz. Dolayısıyla çocuğunun hayatta kalması nesep dâvasında bulunmanın geçerliliği konusunda kendinin hayatta kalması gibi kabul edilir.

Satılan câriyenin çocuğunun nesebi ise satıcıdan sabit olmadığı gibi, onun hakkına da bağlı (mevkuf) değildir. Bu nedenle alıcı çocuğun nesebini iddia etse, nesebi kendisinden sabit olur. Dolayısıyla nesep dâvası başlangıçta etkili olmaz. Ancak kendisi veya kendisine bağlanan bir kimse hayatta ise etkili olur. Oğlun çocuğu, oğulluk yoluyla ona bağlanır. Kızın çocuğu ise bağlanmaz. Bundan dolayı kız öldükten sonra nesep dâvasında bulunmakla nesep sabit olmaz.

Câriye gebe kalsa, efendisinin elinde iken doğum yapsa, sonra efendisi onu satsa, satın alan da câriyeyi kölesi ile evlendirse, câriye ondan da bir çocuk doğursa, sonra köle ölse ve alıcı onu ümmü veled yapsa, sonra satıcı kendi yanındaki çocuğun nesebini iddia etse, çocuğun nesebi ondan sabit olur.

Çünkü çocuğun ana rahmine düşmesi onun mülkünde iken olmuştur. Dolayısıyla satıcının çocuk hakkındaki dâvası ümmü veled edinme (istilad) dâvasıdır. Kölenin oğlu da satım bedelindeki payı karşılığında satıcıya geri verilir. Çünkü satıcının ümmü veledinin çocuğudur. Nesebi başkasından sabittir. Ümmü veledin çocuğu da annesi hükmündedir. Alıcı câriyeyi ümmü veled yapmasa, her ikisi de kendisine geri verilir. Alıcının anneyi ümmü veled yapması kaldırılamaz bir hakkı yani alıcının özgür kılma hakkını sabit kılmaktadır. Bu da gerçekten özgür kılma hükmünde kabul edilir. Bu, çocuğun ona geri verilmesine engel değildir. Çünkü biri diğerinden ayrılabilir.

"Bu çocuk, ümmü veledlik hükmünde annesine tabidir. Satıcı, annenin kendi ümmü veledi olduğunu ispat etmemiştir. Ümmü veledlik hükmü çocuk hakkında nasıl sabit olabilir?" denilirse;

Şöyle deriz: Böyle değildir. Aksine anne de, çocuğu da efendinin yanındaki çocuğun hükmüne tabidir. Çünkü anne tabidir. Tabi olana ise başka bir şey tabi olmaz. Dolayısıyla onlardan birinin satıcıya geri verilmesinin imkansız olması, diğerinin satım bedelindeki payı ile geri verilmesine engel olmaz. Satım bedelinin paylaştırılmasında da câriyenin satım akdi sırasındaki değeri ve ikinci çocuğun annesinden ayrıldığı zamanki değer dikkate alınır. Çünkü o, yeni meydana gelen bir varlıktır. Dolayısıyla onun hakkındaki ümmü veledlik hakkı satıcı için sabittir. Ancak o annesinden ayrıldığı anda mütekavvim (değeri olan bir mal) olmuştur. Bundan dolayı paylaştırmada o zamanda sahip olduğu değer dikkate alınır. Satıcının ölmesi durumunda malının (üçte birinden değil,) tamamından özgür olur. Çünkü ümmü veledinin oğludur.

Satıcı, kölenin oğlunun kendi oğlu olduğunu iddia etse, kölenin oğlu özgür olur. Nesebi satıcıdan sabit olmaz. Çünkü ona maliktir. Fakat nesebinin

başkasından olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla satıcının onun hakkında nesep iddiasında bulunması, onu özgür kılması gibidir.

Efendi, câriyeyi gebe iken satsa ve câriye satıldıktan bir gün sonra alıcının yanında doğum yapsa, sonra kocasız olarak, satım akdinden bir yıl sonra başka bir doğum yapsa, bunun üzerine satıcı da, alıcı da her iki çocuğun da nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, her ikisi de satıcının oğlu olur.

Çünkü büyük olan çocuğun anne rahmine düşmesi, satıcının mülkünde iken olmuştur. Nesebi ondan sabit olur. Satım akdi onun hakkında ve annesi hakkında geçersiz olur. Çünkü çocuğun anne rahmine düşmesinden itibaren annesinin satıcının ümmü veledi olduğu anlaşılmıştır. İkinci çocuk da satıcıya geri verilir.

Çünkü o da ümmü veledinin çocuğudur. Satıcı kendi mülkü olan bir şeyi, alıcı ise başkasının olan bir şeyi iddia etmektedir. Bundan dolayı her iki çocuk hakkında da satıcının nesep dâvası öncelikli sayılır. Önce iddia eden alıcı olsa ve ikinci çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse çocuğun nesebi ondan sabit olur. Çünkü bu çocuğun döllenmesi onun mülkünde iken gerçekleşmiştir. Çocuğun nesebe ihtiyacı vardır. Câriye de onun ümmü veledi olur. Satıcı ondan sonra birinci çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, çocuğun nesebi ondan sabit olur. Çünkü döllenme onun mülkünde iken gerçekleşmiştir. Bu durumda birinci çocuk satım bedelindeki payı ile satıcıya geri verilir. Çünkü annede alıcının ümmü veledlik hakkı sabit olduğu için onun hakkında satım akdini bozma imkânı kalmamıştır. [17/108]

Alıcı nesep iddiasında bulunmadan önce satıcı ikinci çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, doğrulanmaz. Çünkü ikinci çocuğun ana rahmine düşmesi onun mülkünde iken gerçekleşmemiştir. O şu anda alıcının mülküdür. Dolayısıyla satıcının o çocuk hakkında doğrudan kastedilen bir nesep dâvası olamaz.

Birinci çocuk ölse, sonra satıcı her ikisinin de nesebini iddia etse, hüküm yine böyledir. Çünkü onun ölen çocuk hakkındaki dâvası geçerli değildir. Çünkü nesebe ihtiyacı kalmamıştır. Eğer geçerli olsa idi, ikinci çocuğun ana rahmine düşmesi onun mülkünde iken gerçekleşmediği halde onun hakkındaki dâva doğrudan kastedilmiş olabilirdi.

Satılan câriyenin bir defada doğurduğu iki çocuk da veya yalnızca birisi altı aydan az bir süre içinde doğsa ve çocuklardan birine karşı bir cinayet işlenip alıcı, cinayetin erşini (diyetini) alsa, sonra satıcı çocukların nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, nesep dâvası her iki çocuk hakkında da geçerlidir.

Çünkü her iki çocuğun da ana rahmine düşmesinin onun mülkünde iken gerçekleştiği kesin olarak bellidir. Onlar bir spermden yaratılmışlardır. Altı aydan az bir süre içinde doğmuş olan çocuğun onun mülkünde iken doğduğu kesindir. Böylece ikinci çocuk altı aydan daha uzun bir sürede doğmuş olsa bile, ana

rahmine düşmesinin onun mülkünde iken gerçekleştiği anlaşılır. Bundan dolayı her iki çocuğun da nesebi satıcıdan sabit olur. Onlarla anneleri hakkındaki satım akdi geçersizdir. Fakat erş alıcınındır. Çünkü tek çocuk konusunda açıkladığımız üzere bedenden ayrılmış (kesilmiş) olan el hakkında nesep dâvasının etkisi yoktur. Bundan dolayı erş nesep dâvasından önce olduğu gibi, alıcıya ait olarak kalır. Yine çocuklardan birisi bir şey kazansa, nesep dâvasından önce kazanç alıcıya aitti. Nesep dâvasının geçerli olması ise, çocukların kazancındaki mülkiyet hakkının geçersiz olmasını gerektirmez. Bundan dolayı diyet alıcıya ait olarak kalır.

Çocuklardan birisi öldürülse, sonra satıcı çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, öldürülenin değeri onun mirasçılarına ait olur. Çünkü çocuklardan birinin aslen özgür olduğu sabit olunca, aynı şey diğer çocuk için de sabit olur. Dolayısıyla bedeli zorunlu olarak mirasçılarına ait olur. Erş ve kazanç ise böyle değildir. Çünkü ikiz çocuklar nesep ve özgürlük konularında biri birinden ayrılamaz. Organ kesme suçlarında da bu kuralı uygulamak mümkündür. Alıcının erş ve kazançtaki mülkiyet hakkını kaldırmak için bu kuralı uygulamaya ise gerek yoktur. Öldürenin yükümlülüğü (vermesi gereken) can bedelidir. Onun hakkındaki satım akdinin yerine geçeni (halefi) var iken iptal edilmesi, alıcının can bedelinden bir hakkının kalmamasını gerektirir. Dolayısıyla bu bedel, öldürülen çocuğun mirasçılarına ait olur.

Bazı nüshalarda "Can bedelinde satıcı doğrulanır", bazılarında ise "doğrulanmaz" denilmiştir. Bu rivayet farklılığı değildir. Fakat Muhammed (rh.a.) "doğrulanır" dediği yerde, "alıcının hakkında doğrulanır" demek istemiştir. Bu nedenle alıcının değer üzerindeki hakkı geçersiz olur. Çünkü öldürülen çocuğun aslen özgür olduğunun sabit olması asla sahip olmakla, can bedeline sahip olunamayacağını gerektirir. "Doğrulanmaz" dediği yerde ise "suçlu hakkında doğrulanmaz" demek istemiştir. Bu nedenle suçlunun diyet ödemesi değil, önceden olduğu gibi değer ödemesi gerekir. Çünkü çocuk hakkında özgürlüğün sabit olması öldürenin diyet yükümlüsü olmasını gerektirmez. Diyeti gerektirmeyen nice öldürme olayı vardır. Zorunluluk yoluyla sabit olan şeylerde tek tek durumlar değil, genellik dikkate alınır.

Alıcı, çocuklardan birini özgür kılsa, sonra o çocuk öldürülse, miras bıraksa, alıcı da velâ hakkı ile onun diyetini ve mirasını alsa, sonra satıcı çocukların nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, nesepleri ondan sabit olur ve alıcıdan diyeti ve mirası alır. Çünkü aslen özgür olma, diğer çocuk için sabit olduğu için, zorunlu olarak öldürülen çocuk için de sabit olmuştur. Bu alıcının velâ hakkına aykırıdır. Çünkü alıcı onun mirasını velâ hakkı ile almıştır. Velâ hakkına aykırı olan bir şey ortaya çıkınca, aldığı şeyi geri vermesi gerekir. **[17/109]**

Çocukların nesebini önce alıcı iddia etse, onlar alıcının oğulları olurlar. Çünkü onun mülküdürler. Nesebe ihtiyaçları vardır. Alıcının nesep dâvasından sonra satıcı

nesep dâvasında bulunsa doğrulanmaz. Çünkü çocukların alıcı tarafından nesepleri sabit olduğu için nesebe ihtiyaçları kalmamıştır.

Bir câriye bir kimsenin mülkünde iken gebe kalsa ve bir erkek çocuk doğursa; çocuk büyüse ve efendi onu bir câriyesi ile evlendirse, onun da bir erkek çocuğu olsa, sonra efendi ikinci erkek çocuğu (kölenin çocuğunu) satsa, alıcı onu özgür kılsa, sonra da satıcı birinci erkek çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse onun oğlu olur.

Çünkü onun ana rahmine düşmesi efendinin mülkünde iken olmuştur. Alıcının onun oğlunu satın almasının ve özgür kılmasının hükmü de kalmaz. Çünkü onun, efendi onu satmadan önce özgür olduğu açığa çıkmıştır. Çünkü o efendinin câriyesinden ve oğlunun mülkünden doğmuştur. Bundan dolayı kendiliğinden özgür olur. Bu, onu satmadan önce gerçekleşmiştir. Dolayısıyla satım akdi ve alıcının onu özgür kılması geçersiz olur. Daha önce açıkladığımız üzere bu, ikiz çocuklar hükmündedir.

Satıcı yanında olan çocuğun nesebini iddia etmeyip alıcının sattığı çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, nesep dâvası geçersiz olur. Çünkü onun ana rahmine düşmesi satıcının mülkünde iken gerçekleşmiş ise de alıcının onda, kaldırılmayacak bir kullanımı olmuştur. Bu kullanım özgür kılmadır. Bundan dolayı nesep dâvası geçerli olmaz.

Bir câriye bir defada iki çocuk doğursa, asıl gebelik efendinin yanında olmasa, efendi çocuklardan birini satsa, alıcı onu özgür kılsa, sonra satıcı her iki çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, onlar onun çocukları olur.

Çünkü çocuklardan biri onun yanında kalınca, onun hakkındaki nesep dâvası kendi mülküne rastlamıştır. Dolayısıyla çocuğun nesebi ondan sabit olur. Çocuklardan birinin nesebinin sabit olması da diğerinin nesebinin sabit olmasını gerektirir. Fakat alıcının satın alması ve özgür kılmasının hükmü ortadan kalkmaz. Çünkü çocukların ana rahmine düşmesi satıcının mülkünde iken olmamıştır. Dolayısıyla satıcının iddiası özgürlüğüne kavuşturma dâvasıdır. Bu nedenle özgür kılma hükmünde kabul edilir. Özgür kılma konusunda ikizlerden biri diğerinden ayrılabilir. Bu nedenle satıcının nesep dâvası ile birinin özgür olması diğeri hakkındaki satım akdini ve alıcının onu özgür kılması hükmünü kaldırmaz. Çocukların ana rahmine düşmesinin satıcının mülkünde iken olması durumunda ise, hüküm böyle değildir. Çünkü o durumda satıcının dâvası istilad (ümmü veledlik) dâvasıdır. Çocukların ana rahmine düştüğü tarihe dayanır. Dolayısıyla bu dâva ile kendi yanında olan çocuk aslen özgür olur. Bu diğerinin de aslen özgür olmasını gerektirir. Bundan dolayı satım akdi de, özgür kılma da geçersiz olur.

Görmez misin iki kişi arasında ortak olan bir câriye çocuk doğursa, ortaklardan biri çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, çocuğun ana rahmine düşmesi onların mülkünde iken olmuşsa, çocuğun değerinden diğer

ortağa hiçbir şey ödemez. Çocuğun ana rahmine düşmesi onların mülkünde iken olmamışsa, kendisi zengin ise, çocuğun yarı değerini diğer ortağa öder. Çünkü dâvası özgürlüğe kavuşturma dâvasıdır. Bu nedenle çocuğu doğrudan özgür kılmayı amaçlamış gibi kabul edilir.

Bir kimsenin elinde bir câriye ve onun çocuğu olsa, başka bir kimsenin elinde de o câriyenin başka bir çocuğu olsa, elinde çocuk olan kimse her iki çocuğun nesebinin de kendine ait olduğunu, bu câriyeden bir defada ya da iki defada doğduklarını, câriyenin de kendine ait olduğunu iddia etse, buna delil getirse, câriye ve çocuğu elinde olan kimse (zilyet) de aynı şeyi iddia etse ve delil getirse, câriyenin ve çocukların zilyede ait olduğuna hükmedilir. Çünkü her ikisi de câriyenin ümmü veled olması nedeniyle onu özgür kılma yetkisinin kendine ait olduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle, dâvası câriyeyi gerçekten özgür kılma olarak kabul edilir. Zilyedin delili kabul edilir. Çünkü her iki delil de velâ hakkını ispat etmek için getirilmiştir. Velâ hakkı ise nesep hükmündedir. Bu nedenle zilyedin delili tercih edilir. Câriyenin ona ait olduğuna hükmedince çocukların nesebinin de ona ait olduğuna hükmetmiş oluruz. Çünkü onlar ümmü veledinin çocuklarıdır. Onların nesebinin kendine ait olduğunu iddia etmiştir. Diğeri ise yabancıdır. Başka birisinin ümmü veledinin çocuğunun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etmiştir. Çünkü delille bir asılda hak elde etmek, o asıldan ayrı olan fazlalıklarda da hak elde etmeyi gerektirir. [17/110]

Bir kimsenin elinde bir câriye ve câriyenin çocuğu olsa, başka bir kimse gelip câriyenin kendisine ait olduğunu iddia etse, çocuğunun kendine ait olduğunu iddia etmese, elinde de câriyenin başka bir çocuğu olsa ve dâvasına delil getirse, câriye elinde olan kimse de câriyenin kendine ait olduğuna ve elindeki çocuğu da onun doğurduğuna delil getirse, fakat hangi çocuğun daha büyük olduğu bilinmese, câriye çocuklara iki ayrı batında doğurmuş olsa, câriye kimin elinde ise ona ait olduğuna hükmedilir. Her birinin nesebinin iddia ettiği çocuğun da ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü her biri çocuklardan elinde olanın nesebini iddia etmektedir. Diğer tarafın bu konuda onunla bir anlaşmazlığı yoktur. Çocuklardan da her biri nesebe muhtaçtır. Bu, çocuğun nesebinin sırf nesep dâvasında bulunmakla o kimseye ait olduğuna hükmetmek için yeterlidir. Delil bunu ispatlayınca karşı taraf yoksa nesebin ona ait olması öncelikle sabit olur. Geçen mesele ise böyle değildir. Çünkü o meselede anlaşmazlık çocukların nesebi konusundadır. Bu nedenle câriyenin kime ait olduğuna hükmedilmişse, çocukların da ona ait olmasını tercih ettik. Çünkü onun asla iddia ettiği hak sahibi olma, çocukların nesebi konusunda onun lehine tanıktır. Ayrıca çocukların annesinin onun ümmü veledi olduğuna hükmedince onun firâş hakkına sahip olduğuna hükmetmiş olduk. Nesebin sabit olması ise firâş hakkı itibarıyladır. Bir kimse firâş hakkını iddia edince nesep konusunda da öncelikli olur. Nesebi kendinden

uzaklaştırdığı zaman da iddia eden kimse için sabit olur. Çünkü ona karşı delil getirilmiştir. İddia ettiği şey için geçerli bir neden olabilir.

Bir kimsenin elindeki câriyeden bir çocuğu olsa, başka bir kimse de câriye elinde olan kimsenin, câriye ile kendisini evlendirdiğini ve câriyenin bu çocuğu onun yatağında doğurduğunu iddia etse, câriye elinde olduğu kimsenin elinde mevkuf (askıda) bir anne hükmünde olur. İkisi de onunla cinsel ilişkiye giremez. Çünkü her ikisi de çocuğun kendisinden doğduğunu ikrar etmiştir. Câriye üzerindeki mülkiyet hakkı onlardan, yalnızca birine aittir. Dolayısıyla câriye ümmü veled olur. Sonra her ikisi de câriyenin mülkiyetini kendisinden uzaklaştırır. "Bu, arkadaşımın mülkiyetindedir. O, câriyenin çocuğunun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etmiştir" der. Böylece câriye onun ümmü veledi hükmünde olur. Bu durumda câriye (özgür kılan yönünden) mevkuf olarak kalır. İkisi de onunla cinsel ilişkiye giremez.

Bu şuna benzer: Bir kimse bir köle satın alsa ve satıcının onu özgür kıldığını iddia etse, satıcı da bunu inkar etse, köle üzerindeki velâ hakkı askıda (mevkuf) olur.

Hangisi ölürse câriye özgür olur. Çünkü onlardan sağ olan, efendisinin ölümüyle câriyenin özgür olacağını ikrar etmiştir. Diğeri de hayatta olanın ikrarının geçerli olduğunu ikrar etmiştir. Bundan dolayı onlardan birinin ölümüyle câriye özgür olur. Çocuk da kimin elinde ise nesebi ona ait olur. Çünkü onların çocuk hakkındaki dâvaları nesep dâvasıdır. Nesep dâvasında ise zilyedin delili zilyet olmayanın deliline tercih edilir.

Bir kimsenin elindeki câriyenin bir çocuğu olsa, başka bir kimse de efendisinin izniyle o câriye ile evlendiğini ve câriye onun eşi iken efendinin elindeki çocuğu doğurduğunu iddia etse, buna delil getirse, efendi de çocuğun kendi oğlu olduğuna ve kendi câriyesinden kendi yatağında doğduğuna delil getirse, ben çocuğun kocaya ait olduğuna hükmeder ve nesebini ondan sabit kılarım.

[17/111] Çünkü nesebin sabit olması firâş hakkına bağlıdır. Nikah nedeniyle olan firâş hakkı da nesebi ispat etmek konusunda mülkiyet nedeniyle olan firâş hakkından daha güçlüdür.

Görmez misin nikahla sabit olan nesep sırf reddetmekle kaldırılamaz. Köle mülkiyeti ile sabit olan nesep ise sırf reddetmekle kaldırılabilir. Zayıf, kuvvetlinin karşısında duramaz. Bundan dolayı nesebi kocaya dayandırırız. Fakat efendinin ikrarı ile çocuk özgür olur. Çünkü onun nesebini iddia edince özgür olduğunu ikrar etmiştir. Câriye de efendinin ümmü veledi hükmünde olur. Çünkü çocuğun özgür olduğunu ikrar ettiği gibi, gerçekleşmesi mümkün olan bir nedeni ikrar etmekle, câriyenin de özgürlük hakkının olduğunu ikrar etmiştir. Dolayısıyla câriye için ümmü veledlik hakkı sabit olur. Bu nedenle efendi öldüğü zaman câriye özgür olur. Çünkü başkasının elde ettiği bir hakkı iptal etmek yani nesep konusunda

efendinin ikrarı ile uygulama yapmak mümkün olmaz. Bunun dışındaki konularda ise o, hak ikrarında bulunan bir kimse hükmünde kabul edilir. Çünkü ikrarı ile hiç kimsenin hakkı iptal edilmemektedir.

Özgür bir kadın bir defada iki çocuk doğursa, çocuklar büyüse ve mal kazansalar sonra oğullardan birisi geride iki oğul bırakarak ölse sonra bir kimse o kadınla evlendiğini ve çocukların ondan doğan oğulları olduğunu iddia etse sadece kadın bunu ikrar etse, onun sözü kendi dışındaki kimseler hakkında doğru kabul edilmez. Çünkü ikinci çocuk büyüktür. Söylemek istediğini kendisi söyleyebilir. Dolayısıyla çocuk o kimseyi doğrulanmadıkça sırf nesep dâvasında bulunması ile, nesebi başkasından sabit olmaz. Aynı şekilde onlardan ölenin iki oğlu da, onun yerine geçmişlerdir. Bu nedenle onlar doğrulanmadıkça ölen çocuğun (babalarının) nesebi başkasının sırf nesep iddiasında bulunması ile sabit olmaz. Onlar ise doğrulamamışlardır. Kadının ikrarı ise onlardan hiçbirine karşı delil değildir. Fakat kendi hakkında delildir. Dolayısıyla o kimse kadının, oğlunun mirasından alacağı payda ona ortak olur. Çünkü kadın ölen oğlunun geride iki oğul ve ana-babasını bıraktığını iddia etmiştir. Ana-babanın payı ise altıda ikidir. Geriye kalan oğullara ait olur. Kadın ölen oğlunun babasının ve kendinin mirastaki hakkının eşit olduğunu ikrar etmiştir. Dolayısıyla kadının eline geçen miras payı ikisi arasında yarı yarıya paylaştırılır. İkrar edenin miras payında ortaklık olması, nesebin sabit olmasını gerektirmez. Çünkü mal bir çok nedenle elde edilebilir.

Bu meselenin aslı, iki erkek kardeşten birinin, üçüncü bir erkek kardeşleri olduğunu ikrar etmesi meselesidir.

İkinci oğul o kimsenin nesep dâvasını ikrar ederse, her iki oğlun da nesebi ondan sabit olur. Çünkü ikrar edenin nesebi, doğrulaması nedeniyle sabit olmuştur. Bu, diğerinin de nesebinin sabit olmasını gerektirir. Çünkü onlar ikizdir. Ölenin oğlu bunu ikrar etse ve o oğlun o adamın çocuğu olması mümkün olsa her ikisinin nesebi de o kimseden sabit olur. Çünkü ölenin oğlu onun yerine geçmiştir. O, hayatta iken doğrulasaydı nesepleri o kimseden sabit olurdu. Onun yerine geçen bir kimse doğruladığı zaman da hüküm böyle olmalıdır.

Bir câriye erkek çocuk doğursa ve efendisi, çocuğun özgür bir kocadan veya belli bir köleden olduğunu ikrar etse, lehine ikrarda bulunulan kimse onu doğrularsa veya kayıp ya da ölü ise, sonra efendi o çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, nesep dâvası ile çocuk özgür olur. Çünkü onun özgür olduğunu ikrar etmiştir. Ancak nesebi ondan sabit olmaz. Çünkü ikrarı gereği nesebin lehine ikrar yapılan kimseye ait olduğu sabit olmuştur. Lehine ikrar yapılan kimsenin doğrulaması durumunda bir problem yoktur. Ortada olmaması durumunda çocuğun nesebi onun hakkına bağlı kalır. Dolayısıyla efendi nesebin kendine ait olduğunu iddia edemez. Lehine ikrar yapılan kimse orada var olup onu yalanlasa, sonra ikrar yapan kimse nesebin kendine ait olduğunu iddia etse Ebû Hanîfe (rh.a.) [17/112]

nesebin ondan sabit olmayacağını, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise nesebin ondan sabit olacağını söylemişlerdir. Çünkü ikrarda bulunan kimsenin ikrarı, lehine ikrar yapılan kimsenin yalanlaması ile geçersiz olmuştur. Şu anda çocuk nesebe muhtaçtır. Efendi, çocuk nesebe muhtaç iken nesep iddia ederse, bu iddiada başkasının hakkını iptal etmek de söz konusu değilse, çocuğun nesebi ondan sabit olur.

Görmez misin bir köleyi satın alan kimse velâ hakkının satıcıya ait olduğunu ikrar etse, fakat satıcı onu yalanladıktan sonra alıcı velâ hakkının kendine ait olduğunu iddia etse, velâ hakkı sabit olur. Velâ hakkı da sabit olduktan sonra kaldırılmama konusunda nesep hükmündedir.

Diğer yandan velâ meselesinde lehine ikrarda bulunulan kimsenin yalanlaması ile ikrar edenin, başkası lehine yaptığı bu ikrar geçersiz olur. Yok hükmüne girer. Burada da hüküm böyle olmalıdır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Efendi ilk sözü ile iki şey ikrar etmiştir. Bunlardan birisi nesebin başkasından sabit olduğu, diğeri ise onun nesep dâvasını tamamen terketmesidir. Lehine ikrar yapılan kimsenin yalanlaması ile yalnızca onun hakkı geçersiz olur. Onun hakkı olmayan kısımda ise yalanlaması ile ikrar geçersiz olmaz. İkrar edenin, bu nesebi iddia etme konumundan çıkması, lehine ikrarda bulunulan kimsenin hakkı değildir. Dolayısıyla yalanlamadan sonra o konuda yapılan ikrar olduğu durum üzere kalır. Onun yalanlaması ile ikrarın geçersiz olmaması buna delildir. Çünkü nesep kesinlikle iptal edilemeyen konulardan olup, onun hakkına bağlı (mevkuf) olarak kalır. Bu nedenle iddia ederse nesep ondan sabit olur. Dolayısıyla nesep başkasının hakkına bağlı iken efendi, çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etme yetkisine sahip değildir. Nitekim kendisiyle lanetleşme yapılan kadının çocuğunun nesebinin lanetleşme yapan kocadan başka bir kimse iddia etse, nesebi ondan sabit olmaz. Çünkü çocuğun nesebi lanetleşme yapan kocanın hakkına bağlı olarak kalmıştır. Bu, başkasının nesep dâvasının geçerliliğine engel olur. Oysa velâ hakkı böyle değildir. Çünkü o mülkiyet hakkının sonuçlarından biridir. Mülkiyetin aslı ise bir kimseden başka bir kimseye nakledilebilir. Onun sonucu da böyle olmalıdır. Ancak o, nedeni yani birisi tarafından özgür kılınma kesinleştikten sonra iptal edilemez. Çünkü bu nedenin başkası tarafından gerçekleştirilmesi düşünülemez. Bu nedenle câriyenin dinden çıkmış (mürted) olup dârülharbe kaçması, sonra esir edilip bir kimsenin ona sahip olması, sonra onu özgür kılması düşünülse, velâ hakkı birinciye değil, sonrakine ait olur. Bu meselede neden askıdadır. Satıcı için kesinleşmiş değildir. Alıcının dâvası ile onun tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bundan dolayı velâ hakkı satıcı için sabit olur. Nesep ise sabit olmaz.

Efendi bunlardan hiçbirini ikrar etmese fakat üçüncü bir kimse "Bu çocuk efendinin oğludur" dese, efendi de bunu inkar etse, sonra o kimse çocuğu satın

alsa veya ona mirasçı olsa, çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çocuk özgür olur. Fakat nesebi ondan sabit olmaz. Bu mesele ile birinci mesele aynıdır. Çünkü ikrar eden hakkında nesep ikrarı, mülkiyet sahibi olsun, olmasın ikrar edenin hakkını içermeyen kısımda dikkate alınır.

Nesebin başkasına ait olduğuna tanıklık edenin sonra kendisi için iddia etmesi

Yine bir kimse, başka biri için nesebe tanıklık etse sonra nesebin kendisine ait olduğunu iddia etse Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre nesebi ondan sabit olmaz. Çünkü açıkladığımız üzere başkası için tanıklık etmesiyle kendi hakkını o nesepten çıkarmıştır. Dolayısıyla nesebin kendine ait olduğunu iddia edemez.

Bir kadın bir çocuğun falanca kadının çocuğu olduğuna tanıklık etse, fakat bu tanıklık kabul edilmese, sonra tanık kadın çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, buna iki tanık getirse bu iddia kabul edilmez.

Çünkü tanıklığı ile kendini o çocuğun nesebini iddia etmekten uzaklaştırmıştır. Çocuğun bir kadından nesebi, ancak ondan doğması suretiyle olur. Kadının, önce çocuğun, lehine tanıklık yaptığı kadından doğduğunu iddia ettikten sonra kendinden doğduğunu iddia etmesi mümkün değildir. Dâva olmadan nesep konusunda getirilen delil kabul edilmez. **[17/113]**

Çocuk büyüse ve onun oğlu olduğunu iddia etse ve buna iki tanık getirse, hakim onun nesebinin o kadından olduğuna hükmeder. Çünkü çocuk hakkı olan bir şeyi iddia etmektedir. Çünkü nesebi babasından sabit olmuş ise de annesinden de nesebi sabit olunca, her iki taraftan şeref sahibi olur. Çocuk daha önce bu iddiasıyla çelişen başka bir iddiada bulunmamış, bu iddiasına engel bir durum olmamıştır. Bundan dolayı onun getirdiği delil kabul edilir.

Çocuğun büyüdükten sonra, kendisini inkar eden kadından nesep iddia etmesi

Görmez misin anne tümüyle inkar etseydi, oğlun bu konuda getirdiği delil yine kabul edilirdi. Kadının sözünde çelişki olduğu zaman da hüküm böyle olmalıdır.

Yine bir adam bir kadının elindeki çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, fakat diğer kadın bunu inkar etse, bir kimse onun lehine tanıklık etse, hakim onun tanıklığını kabul etmese, sonra o tanık çocuğun kendi oğlu, kadının da kendi eşi olduğunu iddia etse, buna delil ikame etse, delili kabul edilmez. Çünkü tanıklığı ile kendini bu dâvadan dışarıda bırakmıştır.

Aynı iddiayı kadın o kimse hakkında yapsa ve delil getirse delili kabul edilir. Çünkü o, hakkı olan bir şeyi iddia etmektedir. Çocuğunun nesebinin bir adamdan sabit olması ile kadından zina töhmeti giderilir. Böylece iffetli olur. Kadının böyle bir dâva açmasına engel olan bir söz de daha önce ağzından çıkmış değildir. Bu nedenle o kimse aleyhine getirdiği delilin kabul edilmesi gerekir.

İki kimse bir kadının elindeki çocuğun nesebini iddia etse, her biri "Bu çocuk ondan evlilik yoluyla olan oğlumdur" dese, kadın ikisini de inkar etse, sonra kadın başka bir kimsenin kendisiyle evlendiğini ve bu çocuğun ona ait olduğunu iddia

etse, o iki kişi çocuğun nesebinin ona ait olduğuna tanıklık etseler, tanıklıklarını kabul etmem.

Çünkü onlar önceki dâva ile, bu tanıklıkları ile çelişkiye düşmüşlerdir. Çelişkinin tanıklığa etkisi de, dâvaya etkisinden daha çoktur. Böyle bir çelişki onun dâvada bulunmasına engel olunca, tanıklığına engel olması daha önceliklidir.

Yine bir kadının elinde bir çocuk olup bir kimse onun falanca kimsenin oğlu olduğuna tanıklık etse, hakim onun tanıklığını reddetse, sonra onunla beraber başka birisi çocuğun başka birinin oğlu olduğuna tanıklık etseler, bu tanıklık kabul edilmez. Çünkü tanıklardan birisi bunda çelişkiye düşmüştür.

Bir kimse câriyesinin ölen bir kimseden gebe olduğunu ikrar edip, sonra kendisinden gebe olduğunu iddia etse, çocuk altı aydan az bir sürede doğsa, çocuk özgür olur.

Çünkü onun özgürlüğünü ikrar etmiş, nesebi de ondan sabit olmamıştır. Biz efendi onun nesebinin başkasına ait olduğunu ikrar ettiği zaman ana karnında olduğunu kesin olarak biliyoruz. Nesebin sabit olması ise çocuğun ana rahmine düştüğü andan başlar. Nesebin çocuk ana karnında iken veya doğduktan sonra ikrar edilmesi arasında fark yoktur. Bu nedenle birinci ikrardan sonra efendinin çocuğun nesebinin kendine ait olduğu iddiası dinlenmez. Bir câriyenin gebe olarak satın alınmasının çaresi de budur. Şöyleki alıcı satıcının nesep dâvasında bulunmasından kaçınmak istediği zaman, ona çocuğun ölen falanca kimseden olduğunu ikrar etmesini emreder. Sonra câriyeyi satın alır. Bundan sonra satıcı çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia edince dâvası dinlenmez. Alıcının câriye ve çocuğu üzerindeki mülkiyet hakkı geçersiz olmaz.

Efendi câriyenin gebeliğinin bir kocadan olduğunu ikrar edip, bir yıl beklese sonra "O benden gebe kalmıştır" dese, câriye ikinci ikrarın üzerinden altı ay geçmeden doğum yapsa, çocuk efendinin oğlu olur. Nesebi ondan sabit olur.

Çünkü kendini çocuğun nesebini iddia etmekten çıkaracak bir söz söylememiştir. İlk ikrarı sırasında çocuk ana karnında olmayıp yeni bir döllenmeden meydana gelmiştir.

[17/114]

"O ümmü veled sahibidir. Onun başkasının eşi olduğunu ikrar etmiştir. Başka birinin evlilik nedeniyle firâş hakkına sahip olması efendinin, çocuğun nesebini iddia etmesine engel olur" denilirse;

İkizlerden birisinin nesebini iddia etmek ikisini de iddia etmek gibi olması

Şöyle cevap veririz: O ikrar, ikinci ile döllenme sırasında başkası ile evli olmasını gerektirmez. Çünkü sabit olduğu bilinen bir şeyin olduğu durum üzere devam etmesi, olumsuz delil bulunduğu için değil, kaldırıcı delil bulunmadığı içindir. Efendinin ikinci çocuğun nesebini iddia etmesi ise, ikinci döllenme sırasında câriyenin firâş hakkının kendisine ait olduğu konusunda onun açık bir beyanıdır.

Bu, efendinin firâş hakkını gerektirici bir delildir. Bu nedenle kaldırıcı delil olmadığı için sabit olan bir şey buna denk olamaz ki onu ortadan kaldırsın.

Bir kimse gebe olan câriyesi hakkında "Bunun karnındaki çocuk erkek ise bendendir, kız ise onu evlendirdiğim eşindendir" dese veya "kız ise benden değildir" dese, câriye altı aydan az bir süre içinde bir erkek, bir kız doğursa, ikisi de efendinin çocuğu olur.

Çünkü sözü iki şeyi kapsamaktadır. Bunlardan birisi muteberdir. Diğeri geçersizdir. Muteber olan câriyenin karnındaki çocuğun nesebini iddia etmesidir. Geçersiz olan kız ve erkek arasında bir ayırım yapıp erkek olursa kabul etmesi, kız olursa reddetmesidir. Bu, bilinmeyen hakkında konuşmaktır. Bunu bilmesinin imkânı yoktur. Bu nedenle sözünden muteber kabul edilebilecek kısım kabul edildiği ve çocuklardan birinin nesebi iddia edildiği zaman, ikisinin de ana karnında olduğunu kesin olarak öğrendik. Bunlar ikizdir. Dolayısıyla birinin nesebini iddia etmek, ikisinin nesebini iddia etmek gibidir. Bundan dolayı her ikisinin de onun çocuğu olduğuna hükmedilir.

Efendi, câriyesinin ortada olmayan bir kimse ile evlendirdiğini ikrar etse, o kimse de sağ olsa, sonra sözünün üzerinden altı ay geçtikten sonra câriye çocuk doğursa, efendi bu çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse doğrulanmaz. Çünkü bilinen bir kimsenin o câriye ile evli olduğu konusundaki ikrarı geçerlidir. Bununla efendi açısından ortada olmayan kimsenin evliliği sabit olur. Bu nedenle ortada olmayan kimsenin bu hakkını iptal eden bir konuda efendinin dâvası dinlenmez. Önceki meselede çocuğun bir kocadan olduğunu ikrar etmesi ise böyle değildir. Çünkü o, bilinmeyen bir kimsenin evli olduğunu ikrar etmektir. Bilinmeyen bir kimse lehine ikrar ise geçersizdir. Dâvasından daha sonra ana rahmine düşmüş olan bir çocuğun nesebini iddia etmekle, başkası için sabit olmuş bir hakkı iptal etmiş de olmaz. Bundan dolayı o meselede çocuğun nesebinin efendiden olduğunu kabul ettik.

Efendi onun mükâtep kölesinin bir kocadan çocuğu olduğunu ikrar etse, sonra da nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse doğrulanmaz. Çünkü birinci sözüyle o çocuğun nesebini iddia etmekten kendini dışarıda bırakmıştır. Fakat çocuk bu sözün kapsamında olarak özgür olur. Çünkü mükâtep câriyenin çocuğu da annesiyle birlikte mükâteptir. Dolayısıyla câriye gibi efendinin kölesi olur. Efendi onu özgür etme yetkisine sahiptir. Onun hakkında özgürlüğünü gerektiren bir şeyi ikrar etme yetkisine de sahiptir. Mükâtep câriyeye bir şey de ödemez. Çünkü zaten onun maksadının bir kısmı gerçekleşmiştir. O kendinin ve çocuklarının özgürlüğünü elde etmek için çalışır. Belirttiğimiz konuda müdebber câriyenin ve ümmü veledin çocukları da böyledir.

Aynı şekilde iki kimsenin ortak olan câriyesi doğum yapsa, her ikisi de çocuğun diğerinin oğlu olduğunu ikrar etse sonra biri onun kendi oğlu olduğunu iddia etse, nesep konusunda doğrulanmaz.

Çünkü onun, ortağının oğlu olduğunu ikrar etmiştir. Bu söz onu çocuğun nesebini iddia etmekten dışarıda bırakır. Bundan dolayı artık çocuğun nesebinin kendine ait olduğu dâvası geçerli olmaz. Çocuk da ortaklardan ilk önce ikrar edenin sözü ile özgür olmuştur. Çünkü her ikisi de çocuğun özgür olduğunda söz birliği etmiştir. Çocuğun hangisine ait olduğu da farketmez. Annesi de ümmü veled yerinde, askıda olur. Çünkü her ikisi de câriyenin ümmü veledliğinin sabit olduğunda söz birliği etmiş ve câriyeyi kendisinden uzaklaştırmıştır. Hangisi ölürse câriye özgür olur. Çünkü onlardan sağ olan, çocuğun ölene ait olduğunu zannetmektedir. Onun ölümüyle câriye özgür olur. Ölen de sağ olanın ikrarının geçerli olduğunu ikrar ediyordu. Çünkü câriye onun ümmü veledidir. Bu nedenle ortaklardan birinin ölümüyle câriye özgür olur.

[17/115]

Bir kimse câriyesinin kendi mülkünde iken gebe kaldığını söylese ve kadın doğum yapsa, (efendinin) babası da doğan çocuğun nesebini iddia etse, çocuğun nesebi ondan sabit olur. Câriye de onun ümmü veledi olur. Baba oğluna çocuğun değerini öder. Çünkü din çocuğun malını babaya bağlamıştır. Peygamber (s.a.v.)

أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ

Bir kimsenin, oğlunun câriyesinin çocuğunun nesebini iddia etmesi

"Sen de, malın da babana aitsiniz"[42] buyurarak babanın ihtiyaç duyduğu zaman çocuğunun rızası olmadan onun malına sahip olma hakkını ispat etmiştir.

Bundan dolayı baba çocuğunun malından örfe uygun bir şekilde harcama yapabilir. Kendi varlığını devam ettirebilmek için harcama yapmaya ihtiyaç duyması bir bakıma neslini devam ettirebilmek için ümmü veled edinmeye ihtiyaç duyması gibidir. Çünkü kendi varlığını devam ettirmesi neslinin devam ettirmesi ile mümkündür. Ancak kendi varlığını devam ettirme ihtiyacı temel bir ihtiyaçtır. Dolayısıyla çocuğunun malını hiçbir bedel ödemeden ihtiyaç duyduğu yere harcama yetkisi sabit olur. Neslini devam ettirmek için temel ihtiyaçlardan değildir. Bundan dolayı çocuğun, câriyenin mali değerindeki hakkı batıl olmaz. Bu nedenle her iki tarafın da yararı düşünülerek baba, câriyenin değerini ödeyerek onu kendi mülkü yapar.

Bişr (rh.a.)'den şöyle dediği nakledilmiştir: "Ebû Yusuf (rh.a.)'un kesinleşen son görüşü câriyenin babanın ümmü veledi olamayacağıdır. Fakat çocuk mağrurun (kandırılanın) çocuğu gibi, değeri karşılığında özgür olur. Efendinin babası câriyenin ukrunu (ilişki bedelini) ve çocuğunun değerini öder. Çünkü babanın, oğlunun malındaki mülkiyet hakkı, efendinin mükâtebinin kazancındaki mülkiyet

[42] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/204; İbn Mâce, Ticarât 64; İbn Hibbân, *Sahih*, II/142.

hakkından daha kuvvetli değildir. Efendi, mükâtebin kendisine sahip iken çocuğuna sahip değildir. Ayrıca mükâtep bir câriyenin çocuğunun nesebini iddia etse câriye onun ümmü veledi olmaz. Fakat mükâtep câriye onu doğrularsa çocuk değeri karşılığında özgür olur. Burada da böyle olmalıdır. Ancak mükâtep meselesinde mükâtep câriyenin doğrulanmasına gerek duyulur. Çünkü efendi, mükâtebinin kazancı konusunda kendine kısıtlama (hacr) koymuştur. Nesep dâvası da onun tarafından yapılan bir kullanımdır. Dolayısıyla bu da onun doğrulaması olmadan geçerli olmaz.

Zâhirü'r-rivâye'nin dayanağı şudur: Efendinin, mükâtep kölenin kazancında mülkiyet hakkı vardır. Bu, nesebin sabit olması için yeterlidir. Bunun için câriyeyi mülk edinilmesine gerek yoktur. Mülk edinmeyince de câriye onun ümmü veledi olmaz. Babanın ise oğlunun malında mülkiyet hakkı yoktur. Çünkü oğlun, câriyesi ile cinsel ilişkiye girmesi mübahtır. Dolayısıyla spermini (tohumunu) zayi olmaktan korumak için, câriyeyi ümmü veled kılarak ona sahip olmadan çocuğunda nesep ispat etmek mümkün olmaz. Onu mülk edindiği zaman kendi mülkünden çocuk yapmış ve böylece câriye onun ümmü veledi olmuş olur. Bundan dolayı çocuğun değerini ödemesi gerekmez. Çünkü onu aslen özgür olarak ana rahmine bırakmıştır. Bize göre onun ukr (ilişki bedeli) ödemesi de gerekmez.

Züfer ve Şâfiî (rh.a.) ise şöyle derler: Ukr ödemesi gerekir. Çünkü onunla cinsel ilişkiye girmesi başkasının mülkünde iken gerçekleşmiştir. Dolayısıyla ukr veya had cezası gerektirmekten başka bir seçenek yoktur. Had şüphe bulunduğu için düşmüştür. Dolayısıyla ukr ödemesi gerekir. Nitekim cinsel ilişki gerçekleştikten sonra câriyenin gebe kalmamasında da hüküm böyledir. Çünkü onun câriye üzerindeki mülkiyeti onu gebe bırakmaya giriştiği içindir. Fakat suyu ziyan olmaz. Dolayısıyla asıl cinsel ilişki başkasının mülkünde iken gerçekleşmiş olur. Görmez misin böyle yapmakla efendinin babasının muhsan olma niteliği kalkmaktadır.

Bizim delilimiz şöyledir: Efendinin babasının câriyeye sahip olması çocuk sahibi olma (istilad) fiilinden öncedir. Cinsel ilişkinin arkasından gebe kalma gelirse bu istilad olur. Bu yaralamaya benzer. Yaralamanın ardından ölüm gelirse, bu baştan öldürme hükmünde olur. Dolayısıyla babanın câriyeye sahip olması istilad fiilinden önce olunca, o kendi mülkü ile cinsel ilişkiye girmiş olur. Bundan dolayı ukr ödemesi gerekmez. Ancak bu mülkiyetin öne geçirilmesi istiladı geçerli kabul etme zorunluluğundan dolayı olmuştur. Bundan dolayı zaruretin ötesine geçemez. Muhsan olma hükmünde ise bu mülkiyet açık değildir. Çünkü zaruret yoktur. [17/116]
Diğer yandan elde edilen cinsel yarar câriyenin kendisinden bir parçası hükmündedir. O da fiili nedeniyle câriyenin bedelinin tamamını ödemiştir. Artık parçanın bedeli dikkate alınmaz. Bu, bir kimsenin birinin elini kesmesi sonra iyileşmeden önce onu yanlışlıkla öldürmesi gibidir.

Oğul câriyeyi gebe iken satın alsa ve bir gün sonra câriye doğum yapsa, babası çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, oğul onu yalanladığı zaman nesep ondan sabit olmaz.

Çünkü nesebin babadan sabit olmasının koşulu, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren babanın câriyeye oğlun rızası olmadan sahip olmasıdır. Burada ise bu koşulun gerçekleştirilmesinin imkânı kalmamıştır. Câriye çocuğun ana rahmine düştüğü sırada oğlun mülkiyetinde değildi. Babanın da onun mülkiyetini bir ihtiyaçtan dolayı kendine nakletme yetkisi yoktu. Diğer yandan babanın buradaki dâvası özgürlüğe kavuşturma dâvasıdır. Bundan dolayı o an ile sınırlıdır. Babanın da câriye üzerinde yetkisi yoktu. Dolayısıyla özgür kılma hükmünde olur. Fakat babanın oğlunun malında özgür kılma yetkisi de yoktur. Birinci durumda ise böyle değildir. Çünkü orada babanın dâvası istilad (çocuk sahibi olma) dâvasıdır. Muhammed (rh.a.) buna işaret ederek "Ben o çocuğun onun oğlu olduğuna hükmetsem bile annenin değerini ona ödetmem" diyerek buna işaret etmiştir. Çünkü çocuğun ana rahmine düşmesinden itibaren babanın câriyeyi oğlun rızası olmadan mülkiyetine geçirmesi imkansız olmuştur. Babanın, doğan çocuğun annesinin değerini ödemediği her durumda baba doğrulanmaz. Ancak oğul onu doğrularsa o zaman nesep ondan sabit olur. Bu, yabancı bir kimsenin iddia etmesi ve efendinin onu doğrulaması hükmündedir. Çünkü hak o ikisine aittir. Üzerinde anlaştıkları şeyin olması da olasılık dahilindedir. Bundan dolayı hak gibi kabul edilir.

Aynı şekilde oğul câriyeyi doğum yapmadan önce satsa, câriye sonra doğum yapsa ve satıcının babası onu iddia etse dâvası geçerli olmaz. Çünkü koşulunu gerçekleştirme imkânı yoktur. Bu koşul da dâva vaktinde çocuğun mülkiyetinde değilken oğlunun rızası olmadan anneyi mülkiyetine geçirmektir.

Çocuk ana rahmine düştükten sonra satıp, tekrar satın alsa ve câriye çocuk doğursa, hüküm yine böyledir. Çünkü onun iddiasının geçerliliği, döllenme vaktine dayalı olarak, oğul aleyhine câriyeye sahip olmasıdır. Bu ise mümkün değildir. Çünkü oğlun mülkiyeti ortadan kalkmıştır. Bir câriye efendinin mülkiyetinde iken gebe olarak müdebber kılınsa, sonra doğum yapsa, sonra efendinin babası birinci çocuğu iddia etse, nesebi ondan sabit olmaz. Çünkü değer ödemesi ile babanın mülkiyetine nakledilme koşulunun gerçekleşmesi müdebber kılınan câriyede mümkün değildir.

Ümmü veled bir çocuk doğurup efendi onu reddetse, sonra babası iddia etse hüküm yine böyledir. İbn Semaa, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan müdebber kılınan câriye hakkında "Babanın nesep dâvası geçerlidir. Çocuğun nesebi ondan sabit olur. Baba câriyenin ukrunu ve çocuğun müdebber olarak değerini öder" görüşünü nakletmiştir. Bu, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan naklettiğimiz şu kurala dayalıdır: Baba

câriyeyi mülkiyetine geçiremez. Fakat nesep dâvası konusunda aldanmış (mağrur) kimse hükmünde olur.

Bu hükümde mutlak câriye ile müdebber kılınan câriye arasında fark yoktur. Ancak çocuğun müdebber olarak değerini öder. Çünkü çocuk annesinden ayrıldığında müdebber olarak ayrılmıştır. Dolayısıyla çocuğun değerini, nesep dâvası ile telef ettiği biçimde öder. Bu rivayette müdebber câriyenin çocuğu ile ümmü veledin çocuğu birbirinden ayırmış ve şöyle demiştir: Ümmü veledin çocuğunun nesebi efendisinden sabittir. Çünkü onun câriye üzerinde firâş (cinsel ilişki) hakkı vardır. Efendi, çocuğun nesebini reddetse bile bu, babanın nesep dâvasının geçerliliğine engel olur. Nitekim liân yapılan kadının çocuğunda da durum böyledir. Müdebber kılınan câriyenin çocuğunun ise nesebi efendisinden sabit olmaz. Dolayısıyla efendinin babasının nesep dâvası geçerli olur. Mükâtep câriyenin çocuğunun nesebi de böyledir. Efendisinin babası onu iddia ettiği zaman doğrulanmaz. Çünkü dâvanın geçerlilik koşulunun gerçekleşme imkânı kalmamıştır. O da değeri ödeyerek câriyeyi oğlunun rızası olmadan mülkiyetine geçirmektir.

Câriye çocuğu mükâtep iken doğursa veya doğurduktan sonra efendisi onunla mükâtebe akdi yapsa veya çocukla mükâtebe akdi yapsa; her üç durumda da babanın nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü kastedilen, çocuktur. Onda ise oğul (efendi) tarafından, mülkiyetinin babaya nakledilmesine engel olan bir kullanım kesinlik kazanmıştır. Bundan dolayı babanın nesep dâvası geçerli olmaz. [17/117]

Efendi doğumdan sonra anne ile mükâtebe akdi yapsa sonra babası çocuğun nesebini iddia etse Muhammed (rh.a.) "bu konuda dâvası geçerli olmaz" demiş, sonra da "dâvası geçerli olur. Çocuğun nesebi ondan sabit olur. Anne hakkında ise doğrulanmaz" demiştir. Burada belirtilen Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür. Daha sonra belirtilen ise Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür Muhammed (rh.a.) görüş ayrılığına *el-Cami'* adlı eserinde satım akdi konusunda (kitabu'l-bey') şöyle değinmiştir: Efendi, çocuk doğduktan sonra anneyi satsa, sonra babası çocuğun nesebini iddia etse, Ebû Yusuf'a göre nesebi ondan sabit olur. Muhammed (rh.a.)'e göre ise sabit olmaz. Mükâtebe yaptığı zaman da hüküm böyledir.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün açıklaması şöyledir: Nesep dâvasının geçerlilik koşulu, babanın, câriyenin değerini ödeyerek onu mülkiyetine geçirmesidir. Onunla mükâtebe akdi yapınca veya onu satınca bunun imkânı kalmaz. Bundan dolayı nesep dâvası geçerli olmaz. Müdebber kılınan câriyenin ve ümmü veledin hükmü de böyledir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün dayanağı ise şöyledir: Nesep dâvası ile asıl kastedilen çocuktur. Burada baba, çocuğun annesi ile mükâtebe akdi yapılmadan önce nesep dâvasında bulunarak onun nesebini kendine katma hakkını ispat

etmiştir. Bu nedenle annenin mükâtebe akdi belirginlik kazanmaz. Müdebber kılınan câriye ve ümmü veled ise böyle değildir.

O meselede çocuk hakkındaki engel, efendinin câriye ile mükâtebe akdi yapması durumunda, o meselenin bizim üzerinde durduğumuz meseleye tamamen benzemesidir.

Farklı dinlerde olan baba oğulda, babanın oğul üzerinde velayeti

Köle, mükâtep veya kâfir olan bir kimse, özgür ve Müslüman olan oğlunun câriyesinin çocuğunu iddia etse, dâvası geçerli olmaz. Çünkü nesebin sabit olmasının koşulu, câriyenin değerini ödeyerek onun mülkiyetini kendine nakletme yetkisine sahip olmaktır. Köle ve kâfirin ise oğlu üzerinde veliliği yoktur. Bu nedenle nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü koşulu gerçekleştirmek mümkün değildir.

Baba Müslüman, oğlu kâfir olsa, dâvası geçerli olur. İsa b. Ebân (rh.a.) bu noktaya itiraz ederek şöyle demiştir: Kâfirin Müslüman oğlu üzerinde veliliği olmadığı gibi, Müslümanın da kâfir oğlu üzerinde veliliği yoktur. Bu nedenle biri diğerine mirasçı olamaz. Babanın oğlunu evlendirme veliliği sabit olmaz ve küçüklüğünde onun malında kullanımda bulunamaz. Bundan dolayı çocuk sahibi olmak/çocuk iddia etmek (istilad) ile onun câriyesine sahip olamaz.

Doğru olan, *Zâhirü'r-rivâye* kitaplarından birinde belirtilendir. İkisi arasında iki açıdan fark vardır: Birincisi; istilad ile mülkiyetine geçirmek küçüklükte sabit olan velayetin etkisini devam ettirmektir. Baba Müslümansa, babanın Müslümanlığı sonradan olmadığı sürece oğul küfrü üzerinde bırakılmaz. Müslüman olmadan önce ise onun üzerinde veliliği vardı. Bu velayetin etkisi istilad ile sahip olma hakkını devam ettirir.

Oğul Müslüman ise, onun Müslümanlığı annesinin Müslümanlığı ile ta baştandır. Kâfirin de onun üzerinde kesinlikle veliliği olmaz. Bundan dolayı babanın velayetinin etkisi istilad konusunda devam etmez. Diğer yandan istilad ile sahip olma babanın değerinden/saygınlığından dolayıdır. Dolayısıyla Müslüman için kâfir üzerinde, Müslümanın değeri ile ilgili olan velayet sabit olur. Nitekim tanıklık veliliği böyledir. Kâfir için ise Müslüman üzerinde böyle bir velayet sabit olmaz. Bundan dolayı ikisi birbirinden ayrıldı.

Her ikisi de zimmet ehlinden olup dinleri farklı olsa babanın oğlunun câriyesinin çocuğu hakkında ki nesep dâvası geçerli olur. Çünkü onların dinleri ayrı olsa bile birbirleri üzerinde velayetleri vardır.

Baba sağ iken dedenin nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü baba hayatta iken dedenin, ne torunu üzerinde, ne de onun malında veliliği yoktur. Bu nedenle o diğer yabancılar gibidir.

[17/118]

Baba ölmüş ise babanın babası olan dede velilik konusunda babanın vefatından sonra onun yerine geçer. Çünkü onun nesep dâvasında bulunması

Dedenin torunu üzerinde velâyet yetkisi

geçerlidir. Dede, anne tarafından ise nesep dâvasında bulunması her iki durumda da geçerli olmaz. Çünkü onun, kızının oğlu üzerinde ve malında veliliği yoktur. Bundan dolayı nesep dâvasının koşulunu gerçekleştirmek mümkün olmaz. O da istilad yoluyla, oğlun rızası olmadan câriyesine sahip olmaktır.

Bir kimse câriyesi ile cinsel ilişkiye girse de çocuk doğsa; kendisi çocuğun nesebini iddia etmese, babası iddia etse, onun dâvası geçerli olur. Çünkü oğlun cinsel ilişkiye girdiği câriyenin bedel karşılığında babasına nakledilmesi, ona helal olmasa bile mümkündür. Dolayısıyla nesep dâvasının koşulu gerçekleşir.

Baba oğlunun câriyesinin çocuğunun nesebini iddia edip oğluna câriyenin değerini ödese, sonra başka bir kimse delil getirerek câriyenin asıl sahibi olduğunu ispat etse, câriyeyi, ukrunu (ilişki bedeli) ve çocuğunun değerini alır.

Çünkü baba burada kandırılmış (mağrur) hükmündedir. Çünkü câriye görünürde oğlunun mülkünde olup, babanın ise oğlunun mülkünde istilad hakkı vardır. Câriyenin başkasına ait olduğu ortaya çıkınca babanın kandırıldığı anlaşılır. Bu nedenle onun ukrunu ve çocuğunun değerini öder. Câriyenin asıl sahibine ödediği değerini oğlundan geri ister. Çünkü oğlunun câriyesini mülkiyetine geçirmediği ve oğlunun, câriyenin değerini babasından haksız yere aldığı anlaşılmıştır.

Mükâtebinin câriyesi ile cinsel ilişkiye girse de câriye doğursa, efendi çocuğun nesebini iddia etse, mükâtep de bunu doğrulasa sonra câriyenin başka birine ait olduğu ortaya çıksa, efendinin, hak iddiası ile câriye elinden alınan kimsenin ukru ve çocuğun değerini almasına hükmedilir. Çünkü o kandırılmıştır. Efendinin, mükâtebinin kazancında mülkiyet hakkı vardır. İstiladının geçerliliği için bu yeterlidir. Câriyenin başkasına ait olduğu ortaya çıkmakla onun kandırılmış olduğu anlaşılır. Câriyenin sahibine ukrunu ve çocuğunun değerini öder. Ödediği ukru ve çocuğun değerini mükâtep kölesinden alır. Çünkü mükâtebinin hiçbir şeyini telef etmemiştir. Bundan dolayı çocuğun değerinden hiçbir şey ona ait olmaz. Allah doğruyu daha iyi bilir.

HAMÎL[43], KÖLE VE KAFİR (İN NESEBİ) KONUSU

Erkeğin ve kadının ikrarında bulunacağı konular

Kural şudur: Bir kimsenin dört grup insan hakkındaki ikrarı geçerlidir: Bunlar baba, oğul, eş ve mevlâ'l-ıtâkadır[44]. Kadının ise üç grup insan hakkındaki ikrarı

---

[43] **Hamîl /** الحميل Dârülharpten küçükken İslam ülkesine getirilen çocuk. Bir başka ifadeyle, esir düşen kadının kucağında olan ve kendisinin ait olduğunu iddia ettiği çocuk demektir.

[44] **Velâ-i atâka:** Mevlâ (efendi) ile memlükü (kölesi) arasında azat sonucu meydana gelmiş olan bir velâ ve yardımlaşma anlaşmasıdır. Bu durumda, özgür bırakılan kölenin herhangi bir cinayet işlemesi halinde diyetini mevlâsı verir; vefat edip derecesi daha önce olan bir varisi bulunmadığı zaman ise,

geçerlidir: Bunlar da baba, koca ve mevlâ'l-ıtâkadır. Kadının çocuk hakkındaki ikrarı geçerli değildir.

Çünkü kişinin kendi aleyhine yaptığı ikrar kabul edilir. Allahu Teâlâ,

بَلِ الْإِنسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ ۝

"Artık insan kendi kendinin tanığıdır" (el-Kıyâme 75/14) *buyurmuştur.*

Başkası aleyhindeki ikrarı ise reddedilir. Çünkü bu tür ikrarda töhmet vardır. Erkek, çocuğun nesebini ikrar edince kendi aleyhine ikrarda bulunmuş olur. Çünkü çocuk ona bağlanır. Kadın ise, başkası aleyhinde ikrar yapmış olur. O da kocasıdır. Çünkü çocuk kadına değil, ona (kocasına) bağlanır. Bundan dolayı kadının çocuk ikrarında bulunması geçerli olmaz.

Kadının diğer üç grup hakkındaki ikrarı ise erkek, gibi kendi aleyhinde bir ikrardır. Bundan dolayı ikrarı geçerli olur. Bu dört grup dışında, kardeş ve amca gibi yakınları ikrar etmek geçerli olmaz. Çünkü bu nesebini başkasına taşımaktadır. Onlar arasında nesebin sabit olması, ancak bir aracı ile olur. Bu aracıda ise başkası aleyhine ikrar söz konusudur. Bundan dolayı geçerli olmaz.

Bu konuda asıl Ömer (r.a.)'in;

لَا يُوَرِّثُ الْحَمِيلَ إِلَّا بَيِّنَةٌ

"Küçükken dârülharpten İslam ülkesine getirilen çocuğa (hamîl) ancak delille mirasçı olunabilir"[45] sözüdür. Bunun aslı da Şa'bî (rh.a.)'den nakledilen şu olaydır: Bir kadın esir edildi, beraberinde de bir çocuk vardı. Sonra ikisi de özgür kılındı. Çocuk büyüdü. Mal kazandı. Sonra öldü. Bunun üzerine kadına "Oğlunun mirasını al" dediler. O da "O benim oğlum değildir. Bir köy muhtarının oğludur. Ben onun sütannesiydim" dedi. Bu durum Ömer (r.a.)'e bir yazıyla bildirildi. O da "dârülharpten küçükken getirilen çocuğa, delil olmadan mirasçı olunmaz" diye yazdı.

[17/119]

Muhammed (rh.a.); "Hamîl; bize göre her türlü nesebi düşman ülkesinde (dârülharpte) olan kimsesiz çocuktur" dedi. Ancak bu, yalnızca dârülharp vatandaşlarına özel bir durum değildir. Hamîl, nesebi başkasına taşıyan kimse anlamında olup, faîl vezninde ve fâil anlamındadır. Ya da nesebi başkasına taşınan kimse anlamında olup faîl vezninde ve mef'ûl anlamındadır. Maktul anlamındaki katîl kelimesi gibidir. Ancak Muhammed (rh.a.) o günkü âdetten dolayı bu kelimeyi dârülharp vatandaşları için kullanmıştır. Çünkü onların nesebini İslam ülkesinde delil ile ispat etmek mümkün değildir. Müslümanlar arasında ise böyle bir çocuğun

---

onun mirasını mevlâsı alır. Bu velâ akti "velâ-i nimet" adıyla da bilinir. Kölesini özgür bırakan efendiye "mevlâ'l-atâka" veya "mevlâ'l-atîk" denir.

[45] Abdurrezzak, *Musannef*, X/299; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/130.

nesebinin delille tespit edilmesini zorlaştıran durumlar azdır. Bundan dolayı Muhammed (rh.a.) bu kelimeyi dârülharp vatandaşları için kullanarak şöyle demiştir:

Kardeşlik ikrarının durumu

İki çocuk esir edildikten sonra özgür kılınsalar ve büyüseler, her biri diğerinin ana baba bir erkek kardeşi olduğunu ikrar etse, bu ikrarda doğrulanmazlar. Çünkü nesebi babaya taşımaktadırlar. Halbuki onlar arasında kardeşlik ancak baba ve anne aracılığıyla sabit olur. Kardeşlik babanın sulbünde veya annenin rahminde yan yana olmak demektir. Yine esir edilen çocuk ile birlikte bir kadın olsa, kadın özgür kılınıp çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, çocuk da bunu doğrulasa kabul edilmezler.

Nesep ikrarında, nesebi ikrar edilenin doğrulaması

Fakat esir edilen çocuğun beraberinde bir erkek olup özgür kılınsa, çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, nesebi ondan sabit olur. Çünkü o, nesebi kendi aleyhinde ikrar etmektedir. Diğer yandan nesebin erkekten sabit olma nedeni gizlidir. Onu ondan başkası bilemez. Dolayısıyla onun bu konudaki sözü kabul edilir. Nesebin kadından sabit olma nedeni ise doğumdur. Doğumu başkaları görebilir. Onun için sadece onun sözüyle nesep sabit olmaz.

Çocuk kendisini ifade edecek yaşta olsa veya buluğa ermiş ise, o doğrulamadan nesebi sabit olmaz. Çünkü ikrar, doğrulamanın mümkün olması durumunda, lehine ikrar yapılan kimsenin doğrulamasına bağlıdır. Diğer yandan o kimse çocuğun kendine mensup olmasının gerekli olduğunu iddia etmektedir. Peygamber (s.a.v.),

مَنِ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ لَا يَقْبَلُ اللهُ مِنْهُ صَرْفًا وَلَا عَدْلًا

"Bir kimse babasından başkasına mensup olduğunu veya mevlâlarından başkalarına ait olduğunu iddia ederse, Allah'ın, Meleklerin ve bütün insanların laneti o kimse üzerinedir. Allah onun tevbesini de (farz ve nafile ibadetlerini), fidyesini de kabul etmez"[46] buyurmuştur. Dolayısıyla o doğrulamadığı sürece iddia edilen şey onun hakkında sabit olmaz. Doğruladığı zaman da, öyle bir şey mümkün olup çocuğun nesebinin başkasına ait olduğu bilinmiyorsa sabit olabilir.

Kadının ikrarı ile nesep sabit olmaması fakat mirasçılığın geçerli olması

Bir kadın bir çocuğun kendi oğlu olduğunu ikrar etse, çocuk da onu doğrulasa nesep sabit olmaz. Fakat onların bilinen bir mirasçısı yoksa, birbirlerinin mirasçısı olurlar. Çünkü ikrar edene, kendi hakkıyla ilgili konularda ikrar ettiği şey hak gibi kabul edilerek işlem yapılır. Başkasının hakkında ise töhmet bulunduğu için doğrulanmaz. Böyle bir durumda bilinen bir mirasçı varsa, o mirasçının hakkını iptal etme konusunda, o ikisinin gizlice anlaşma yaptığı töhmeti vardır. Bilinen bir mirasçı olmaması durumunda ise aralarında gizli anlaşma töhmeti söz konusu

[46] İbn Mâce, Hudûd 36; benzer lafızlar bkz. Buhârî, Menâkıb 4; Müslim, İman 112; Ebû Dâvûd, Edep 109.

değildir. Çünkü her biri, müvâlât akdinde[47] vasiyet etme gibi, malını diğerine ait kılacak bir neden gerçekleştirme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla burada töhmet yoktur. Miras hükmü bazen nesepten ayrılabilir. Bundan dolayı Ebû Hanîfe (rh.a.) "Nesep konusunda yemin teklif edilmez. İddia edilen mal yani miras konusunda ise yemin teklif edilir" demiştir.

[17/120]

Bu konuda bir kadın o kadının lehine tanıklık yapsa ve çocuk da tasdik etmiş olsa nesebi ondan sabit olur. Çünkü ebenin tanıklığı nesebi yani doğumu ortaya çıkarır. Bu, erkeklerin görmediği şeylerdendir. Fakat çocuğun doğrulaması koşuldur. Çünkü çocuk onları yalanladığı zaman tam bir delil olmadan nesep sabit olmaz. Tek kadının tanıklığı ise tam bir delil değildir.

Kadının nesep ikrarında ebenin tanıklık etmesi

Onun lehine bir kadın tanıklık etmeyip kocası doğrulasa, nesep her ikisinden de sabit olur. Kocadan sabit olması ikrar ettiği içindir. Çünkü kendi aleyhine ikrarda bulunmaktadır. Ondan sabit olunca da, kadın kocasına tabi olduğu için, ikisinden de sabit olur. Çünkü onun kadınla ilişki kurma hakkı vardır. Bu da nesebin ikisinden sabit olmasına nedendir. Nesep de görünürdeki açık nedene göre olur.

Ticarete izinli köle bir câriye satın alsa ve onunla cinsel ilişkiye girse, câriye de çocuk doğursa ve köle, çocuğun nesebini iddia etse, nesebi ondan sabit olur. Çünkü kölenin kazancı dinen ona dayandırılır. Peygamber (s.a.v.)

مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ

"Bir kimse malı olan bir köle satsa alıcı koşul koşmamışsa, onun malı satıcıya ait olur"[48] *buyurmuştur.*

Bu bağlılık nesep dâvasının geçerliliğine etki eder. Nitekim babanın, oğlunun câriyesinin çocuğunu iddia etmesi durumunda da hüküm böyledir. Öte yandan bazı âlimler "Kölenin kazancı kendisine aittir" demişlerdir. Çünkü onda kullanımda bulunma yetkisine sahiptir. Kullanım yetkisine sahip olmak ise, kullanımın konusu olan mala sahip olmakla mümkündür. Diğer yandan bir malın sahibinin ondaki hakkı efendisinin hakkından önce gelir. Bu nedenle (birini öldürmesi veya yaralaması durumunda) onun diyeti olarak verilir. Köle borcundan kurtuluncaya dek efendisine teslim edilmez. Dolayısıyla bu, şüphe olur. En küçük bir şüphe ise nesep dâvasının geçerli kabul edilmesi için yeterlidir. Kölenin efendisi önce davranıp nesep iddiasında bulunmuşsa, nesep ondan sabit olur. Çünkü efendi, kölesinin borcu yoksa gerçekte onun malının sahibidir. Borcu varsa hakimin

---

[47] **Müvâlât akdi:** Nesebi bilinmeyen bir kimsenin nesebi bilinen bir kimse ile, birincisinin bir cinayet işlemesi durumunda diyetini ikincisinin âkilesinin karşılaması ve ikincinin birincinin tüm malına vâris olması üzerine yapılan bir anlaşmadır.

[48] *Muvatta*, Buyû' 2; Ebû Dâvûd, İcare 42; Tirmizî, Buyû' 25; Nesâî, Buyû' 76.

hükmüyle onun borcunu kendine ait kılabilir. Dolayısıyla nesep dâvasında bulunmakla kölenin borcunu kendine ait kılmış gibi olur.

Efendi bu câriyeyi kölesi ile evlendirse, başka bir câriyesi ile evlendirmesi gibi, bu evlilik geçerli olur. Câriye doğum yaptığında nesep ondan sabit olur. Köle, efendisinin izni olmadan onunla evlense, efendi bu evliliği onayladığı zaman doğan çocuğun nesebi yine ondan sabit olur. Çünkü o ikrar ettiği zaman, evlilik şüphesi olmadan nesep sabit olduğuna göre, evlilik şüphesi olduğu zaman nesebin sabit olması öncelikle anlaşılır.

Efendi o câriye ile evlense, câriye doğum yapsa, hüküm yine böyledir. Çünkü efendinin onunla evlenmesi geçersizdir. Dolayısıyla daha önce nikahın bulunmayışında olduğu gibi, çocuğu ikrar ettiği zaman nesep sabit olur.

Köle geçersiz veya câiz bir nikah nedeniyle, özgür bir kadının çocuğunun nesebini iddia etse, nesep yine sabit olur. Çünkü köle nesebi kendisinden sabit kılmaya ehildir. Nesep ikrarında bulunmakla efendinin hakkını engellemiş olmaz. Efendinin hakkı ile ilgili olmayan konularda kölenin ikrarı özgür bir kimsenin ikrarı gibidir. Nitekim kısası ve talakı (boşanmayı) ikrar etmesinde durum böyledir. Özgür bir kimsenin çocuğa sahip olmadıkça doğrulanmayacağı bütün durumlarda, köle de özgür kılındıktan sonra sahip olmayacağı konularda doğrulanmaz. Özgür kılındıktan sonra sahip olursa çocuk özgür olur. Nesebi ondan sabit olur. Çünkü mal ikrarı iptal edilemez. İkrar, konusuna sahip olmakla hükmü açığa çıkıncaya kadar askıda kalır. Hükmü açığa çıkınca ise ikrarı yenilemiş gibi olur. Hükmü onun hakkında sabit olur.

Borçlu köle de böyledir. Satın aldığı bir câriyenin çocuğunu iddia ederse, nesep ondan sabit olur. Çünkü o, onun kazancıdır. İkrarı ile alacaklıların haklarından herhangi bir şeyi iptal etmiş değildir. Çünkü nesep sabit olduktan sonra câriyeyi ve çocuğunu satabilir. Câriye, efendisinin onu kendine helal kıldığını iddia etse, efendi onu yalanlasa, hüküm yine böyledir. Çünkü kölenin kazandığı bir şeyi efendinin helal kılması dikkate alınmaz. Efendi onu yalanlayınca helal etme iddiası yok hükmüne girer. O olmadan da nesep köleden sabit olur. **[17/121]**

Kadının cinselliğini helal etmek

Ticarete izinli köle efendisine ait olan ve kendi kazancından olmayan câriyenin çocuğunu iddia etse, efendisinin câriyeyi kendisine helal ettiğini veya evlendirdiğini iddia etse, efendi onu yalanlarsa nesep ondan sabit olmaz.

Çünkü kölenin efendisinin câriyesinde hakkı yoktur. Dolayısıyla o bu dâvada yabancı biri gibidir. Ancak köle özgür kılınır ve o çocuğa sahip olursa, nesep ondan sabit olur. Bu, özgür bir kimsenin onu iddia edip sonra ona sahip olması gibidir. Hem kıyasa, hem istihsana göre de nikah dâvasında nesep ondan sabit olur. Kendisine helal kıldığı dâvasında istihsanen sabit olur. Kıyasa göre ise helallik iddiası geçersizdir. Çünkü kadının cinselliği, helal etmeyi kabul etmez. Helal etme bir akit olmayıp razı olma hükmündedir. Dolayısıyla köle, efendisinin izniyle câriye

ile zina ettiğini iddia etmiş gibi olur. Bununla ise nesep sabit olmaz. Fakat Muhammed (rh.a.) istihsanı alarak şöyle demiştir: Helal etme bir açıdan nikah gibidir. Çünkü nikah mülkiyetine helallik mülkiyeti de denir. Nikahla o kimse kadının kendisine ve yararlarına sahip olmaz. Onunla cinsel ilişkiye girme hakkını elde eder. Dolayısıyla helal etme, bu açıdan şüphe meydana getirir. Nesep ise şüphe bulunan yerde sabit olur. Efendi bu konuda kölesini doğrularsa nesep ondan sabit olur. Ancak nikah iddiasında özellikle nikah konusunda doğrulamaya gerek duyulur. Helal etme iddiasında ise iki şeyde doğrulamaya ihtiyaç duyulur. Bunlardan birincisi efendinin câriyeyi ona helal kılması, ikincisi ise câriyenin ondan çocuk doğurmasıdır. Çünkü helal etme müt'adan (geçici bir akitle cinsel yararlanma) daha zayıftır. Müt'a bir akittir. Helal etme ise akit değildir. Zayıf olmasından dolayı her ikisini de (helal kılma ve doğumun köleden olması) ikrar etmeden nesebin ondan sabit olmayacağını söyledik. Çünkü akit, konusunda sabit olmuştur. Sabit olduktan sonra efendinin doğumu ikrar etmesine gerek kalmaz. Helal etme ise cinsel organda sabit olmaz. Bundan dolayı çocuğun ondan olduğunu ikrar etmesi, iddiaya eklenmediği sürece, nesep ondan sabit olmaz.

Mükâtebin, câriyesinin çocuğunda nesep iddia etmesi

Mükâtep kölenin, câriyesinin çocuğunu iddia etmesi câizdir. Çünkü onun kazancındaki hakkı izinli köleninkinden daha kuvvetlidir. Mükâtebin kazancında mülkiyet hakkı vardır. Bu, mükâtebin özgür olmasıyla gerçek mülkiyete döner. İzinli kölenin ise böyle bir hakkı yoktur. İzinli kölenin nesep iddiasında bulunması câiz olduğuna göre mükâtep kölenin iddiasının câiz olması daha önceliklidir. Mükâtep köle, kendini efendinin doğrulamasına da ihtiyaç duymaz. Oysa efendi, mükâtebin câriyesinin çocuğunun nesebini iddia etse her ne kadar her ikisinin de mülkiyet hakkı varsa da mükâtep köle doğrulamadığı sürece nesep ondan sabit olmaz. Bunun iki nedeni vardır.

Birincisi; mükâtebin, kazancında kullanım mülkiyetine dayanmasıdır. İddia da kullanım mülkiyeti türlerinden biridir. Mükâtep köle, suyunun (sperminin) korunmasına ihtiyaç duyduğundan kullanım mülkiyetine dayanır.

İkincisi ise efendinin, mükâtebin kazancında kendine kısıtlama (hacr) koymasıdır. Dolayısıyla kendini yükümlü kıldığı hacir nedeniyle, mükâtep doğrulamadığı sürece nesep dâvası geçerli olmaz. Mükâtebin tarafında ise böyle bir kısıtlama yoktur. Bundan dolayı efendi onu doğrulamasa bile nesep dâvasında bulunmakla nesep ondan sabit olur.

Mükâtep, geçersiz veya câiz bir nikah nedeniyle özgür bir kadının çocuğunu iddia etse, kadın da onu doğrulasa hüküm yine böyledir. Çünkü o, nesep dâvasında özgür kimse gibidir.

[17/122]

Mükâtep, nikah veya mülkiyet yoluyla bir kimsenin câriyesinin çocuğunun nesebinin kendine ait olduğunu iddia etse, o kimse de onu yalanlasa, özgür kimsenin iddia etmesinde olduğu gibi, mükâtep köle de doğrulanmaz. Mükâtep

özgürlüğe kavuşur ve bir gün o çocuğa sahip olursa, nesebi ondan sabit olur. O, sahip olduğu zaman ikrarını yenilemiş gibi olur.

Mükâtep, bir câriye satsa, câriye altı aydan kısa bir süre içinde doğum yapsa, mükâtep çocuğu iddia etse, nesep dâvası geçerli olur.

Çünkü o, nesebi kendine katma konusunda özgür kimse gibidir. Çocuğun ana rahmine düşmesi onun mülkünde iken gerçekleşince onun nesep dâvasında bulunma hakkı olur. Annesiyle birlikte çocuk ona geri verilir. Çünkü kendi kazancında iken gebe bırakması onun anneyi ve çocuğu satmasına engeldir. Çocuk babaya tabi olarak onun mükâtebe akdinin kapsamına girer. Annenin hakkının sabit olması çocuğun hakkının sabit olması nedeniyledir. Dolayısıyla bu, mükâtebin anneyi satmasına engel olur. Bu konuda özgür gibidir. Ticarete izinli köle ise böyle değildir. Çünkü onda nesebin sabit olması ile çocuğun ondan olması, onun anneyi ve çocuğu satmasına engel oluşturmaz. Yine nesebini iddia ettiği zaman ne çocuk ne de anne ona verilmez.

Mükâtep, özgür veya ayrı bir akitle mükâtep olan oğlunun câriyesi ile cinsel ilişkiye girse, oğlu onu yalanlarsa nesep ondan sabit olmaz. Çünkü bu, babanın nesep dâvasının sabit olmasının koşuludur. Ayrıca baba, değeri ödemek suretiyle câriyeyi kendi mülküne nakledebilir. Mükâtebin ise böyle bir yetkisi yoktur. Bir gün o çocuğa sahip olursa nesebi sabit olur. Çünkü nesep dâvası ile nesebin ondan sabit olmamasının nedeni iddia edilen şeye sahip olmamaktır. Sahip olduğu zaman ise bu engel ortadan kalkar.

Câriye, onun mükâtebe akdi sırasında doğmuş olan oğluna ait olsa veya (köle olup) satın aldığı oğluna ait olsa ve câriye doğum yapsa, mükâtep de doğan çocuğu iddia etse, nesep dâvası geçerli olur. Câriye onun ümmü veledi olur. Mehir ve câriyenin değerini ödemez. Çünkü kitâbet akdi devam ederken doğan çocuğun ve satın almak suretiyle kitâbet akdi yapılan çocuğun kazancı, o kişinin (babanın) kazancı hükmündedir.

Görmez misin mükâtebe bedelini ödeyebilmek için bütün bunları alabilir. Bu câriye de onun hakkında kendi câriyesi hükmünde olur. Bundan dolayı nesep ondan sabit olur. Ne ukr (ilişki bedeli), ne de değer ödemez.

Bir kimse mükâtep kölesinin câriyesinin çocuğunu iddia etse, mükâtep doğrulamadığı sürece doğrulanmaz. Çünkü o, mükâtebe akdinden sonra mükâtebin kazancında kendini yabancı bir kimse gibi yapmıştır. Nesep dâvası ise kullanım çeşitlerinden biridir. Mükâtep doğrularsa nesep ondan sabit olur. İstihsanen çocuk değeri karşılığında özgür olur. Kıyasa göre ise o mükâtebin kölesidir. Çünkü efendi bu dâvada yabancı bir kimse gibidir. Mükâtep, efendisinin oğlunu satın alsa, o da tanınan biri olsa, onu satması için bir engel yoktur. Efendi, mükâtebin câriyesinin oğlunun nesebini iddia edince de hüküm böyledir.

Fakat Muhammed (rh.a.) istihsanı alarak şöyle dedi: Efendi, mağrur (kandırılmış) hükmündedir. Çünkü mükâtebinin kazancında onun mülkiyet hakkı vardır. Mülkiyet hakkı ise bir açıdan gerçek mülkiyet gibidir. Dolayısıyla her iki tarafın da yararı gözetilerek bu, başkasına ait olduğu ortaya çıkan câriyede kandırılmış kimse için sabit olan hak hükmünde olur. Burada değeri ödenerek özgür olacak bir çocuk yoktur. Bu da böyledir.

Özgür bir kimse mükâtep câriyesinin çocuğunu iddia etse, o da efendiyi yalanlasa, çocuk efendinin oğlu olur. Çünkü mükâtebin mülkiyeti efendisine aittir. Çocuğu da onun mülkü olur. Onun kendi mülkündeki nesep dâvası geçerlidir. Mükâtep kölesinin câriyesinin oğlu ise böyle değildir. Çünkü efendi ne câriyeye, ne de onun çocuğuna sahip değildir.

Görmez misin o meselede efendinin özgür kılması, mükâtebin câriyesinde ve onun çocuğunda geçerli değildir. Bu meselede ise özgür kılması, hem câriye hakkında hem de çocuğu hakkında geçerlidir. Diğer yandan câriye çocuğuyla beraber özgür olmak suretiyle mükâtebin mülkiyeti tamamen gerçekleşinceye kadar askıdadır. Bu nedenle efendi nesep dâvasında bulunarak Mükâtepten bağımsız olarak tek başına bunu iptal edemez. Mükâtep câriyenin çocuğu ise
[17/123] onun mülkü tamam oluncaya kadar askıda değildir. Efendinin nesep dâvasını geçerli kabul etmekle mükâtep câriyenin hakkı iptal edilmiş olmayıp aksine amaçladığı şeyin bir kısmı gerçekleştirilmiş olur. Bundan dolayı çocuğun nesebi sabit olur. Özgürlüğüne kavuşur. Efendinin de burada ödeme yükümlülüğü yoktur.

Efendi, mükâtep kölesinin mükâtep câriyesinin çocuğunu iddia etse, mükâtep câriye doğrulamadığı sürece nesep dâvası geçerli olmaz.

Çünkü o, efendiye mükâtebin câriyesinden daha da uzaktır. Çünkü mükâtebin câriyesinin efendiye uzaklık nedeni mükâtebe akdidir. Mükâtebin mükâtep câriyesinde ise uzaklığın iki nedeni vardır. Efendinin nesep dâvası, mükâtep kölesinin câriyesi hakkında ancak mükâtep kölesinin doğrulamasıyla geçerli olunca mükâtep kölesinin mükâtep câriyesinde ancak doğrulamakla kabul edileceği öncelikle anlaşılır. Ancak bu durumda doğrulama üst mükâtebe (efendinin mükâtebine) değil, onun mükâtep câriyesine aittir. Çünkü mükâtep câriye, kendisi ve çocuğu hakkında daha fazla hak sahibi olmuş, mükâtep köle ise kendine, onda ve çocuğunda kullanımda bulunmaktan men etmiştir. Bundan dolayı doğrulama mükâtebe değil, mükâtep câriyeye aittir.

Mükâtebinin mükâtep kölesi, câriyesinin çocuğunu iddia etse, câriyenin efendisi onu yalanlasa, üst mükâtep (efendinin mükâtebi) doğrulasa efendi bu dâvasında doğrulanmaz. Çünkü bu câriye ve çocuğu üzerindeki hak alt mükâtebe aittir. Üst mükâtep ise o câriye için yabancı kimse konumundadır.

Görmez misin çocuğu o iddia etse, nesep dâvası alt mükâtebin onaylaması olmadan geçerli olmaz. Efendi iddia ettiği zaman da nesep dâvası ancak alt

mükâtebin onaylamasıyla geçerli olur. Alt mükâtep kitâbet bedelini ödemekten âciz olursa, câriye üst mükâtebe ait olur. O zaman doğrulaması etkisini gösterir. Çünkü efendi onun câriyesinin çocuğunu iddia etmektedir. O ise bu konuda efendisini doğrulamıştır. Dolayısıyla nesep efendiden sabit olur. Çocuk değeri karşılığında özgür olur. Alt mükâtep onu doğrulasa çocuğun nesebi sabit olur. Fakat efendi onu değeri karşılığında alamaz. Çünkü aldatılmışlık anlamı burada söz konusu değildir. O câriyenin mülkiyetine sahip olmadığı gibi, onun efendisinin mülkiyetine de sahip değildir. Oysa mükâtebinin câriyesinde efendi, câriyenin efendisine sahip olduğu gibi, asla sahip olduğu için onun kazancına da sahiptir. Dolayısıyla câriyenin efendisinin mülkiyetine sahip olması nedeniyle aldanma gerçekleşir. Bu meselede ise aldanma söz konusu değildir. Diğer yandan câriyenin efendiden uzaklık nedenleri daha da çoğalmış, efendi câriyeye yabancı bir kimse konumuna geçmiştir.

Mükâtebin kölesinde ise uzaklık nedeni sabittir. Bundan dolayı aldatılma hükmünü ispat eden şüphe kalmıştır. Bu, amcaoğlu ile birlikte kardeş oğlu hakkında söylenen şeyin benzeridir. Şöyleki erkek kardeşin oğlunun akrabalığı amcaoğlundan daha yakındır. Çünkü uzaklık kardeş oğlu hakkında bir açıdan karışıklık nedenidir. Amcaoğlu hakkında ise karışıklık iki açıdandır. Bundan dolayı biri diğeri için iki yabancı hükmünde kabul edilmişlerdir.

Efendi evli olan mükâtep câriyesinin çocuğunu iddia etse, kocası onu ister doğrulasın, ister etmesin efendi, dâvasında doğrulanmaz.

Çünkü kocasının ondan cinsel yararlanma hakkı nedeniyle nesep ondan sabit olur. Rakabe mülkiyeti ise nikahtan doğan yararlanma hakkının yanında, nesebi ispat konusunda dikkate alınmaz. Fakat efendinin ikrarı nedeniyle çocuk özgür olur. Çünkü mükâtep câriyenin çocuğu, annesi gibidir. O, annesinin kitâbet akdinde dahildir. Efendi onu özgür kılarsa, bu onun hakkında geçerli olur. Efendi onun nesebini iddia ettiği zaman da, her ne kadar nesep kocadan sabit olduğu için efendiden sabit olmasa bile bu, onun tarafından çocuğun özgür olduğunun ikrarı anlamına gelir. Kocanın; özgür, efendinin kölesi veya mükâtep kölesi olması arasında da fark yoktur. Çünkü nikahtan doğan cinsel yararlanma hakkı nesebi bunlardan aynı derecede sabit kılar.

İki kişinin ortak olduğu bir câriye gebe kalsa, sonra ortaklardan biri payını diğerine satsa, câriye altı aydan daha az bir süre içinde doğum yapsa, alıcı çocuğun kendine ait olduğunu iddia etse, nesebi ondan sabit olur. Satım akdi geçersiz olur. Çünkü dâvası ümmü veledlik dâvasıdır. Bundan dolayı çocuğun ana rahmine düştüğü andan başlatılır. O andan itibaren câriyenin ümmü veledliği sabit olur. Dolayısıyla onun başkasından ümmü veledini satın aldığı anlaşılır. Aynı şekilde çocuk için de o andan itibaren gerçek özgürlük sabit olur. Dolayısıyla onun câriyeyi diğerinden, karnında özgür bir çocuk varken satın aldığı anlaşılır. Bu nedenle satım [17/124]

akdi geçersiz olur. Ödediği bedeli ondan geri alır. Bundan sonra câriyenin değerinin yarısını ve ukrunun (ilişki bedeli) yarısını ona öder. Çünkü satım akdi yok hükmünde olmuştur.

Ortaklardan biri aralarında ortak olan câriyeyi, gebe bırakınca diğerinin payını onun rızası olmadan mülkiyetine geçirmiş olur. Çünkü ümmü veledlik bölünmez. Onun nedeni çocuğun nesebidir. Bu ise bölünmez. Dolayısıyla o, câriye gebe olduğu andan itibaren, yarı değeri ile ortağının payına sahip olur. Çünkü başkasının malını rızası olmadan mülkiyetine geçirmek karşılıksız olmaz. Mülkiyetine geçirmekten doğan ödeme sorumluluğu ise zenginliğe ve fakirliğe göre değişmez. Câriyenin ukrunun yarısını da öder. Çünkü onunla cinsel ilişkiye girdiği zaman yarısı ortağının mülkü idi. Bundan dolayı ukrun yarısını ona ödemesi gerekir. Bu daha önce geçen; babanın oğlunun câriyesinin doğurduğu çocuğun nesebini iddia etmesi meselesinden farklıdır. Çünkü babanın, oğlunun câriyesi hakkında ümmü veledliğinin geçerli olmasını mümkün kılacak bir yetkisi yoktur. Bundan dolayı mülkiyetini gebe bırakmaktan önceye almak gerekmiştir. Önceye alınca da cinsel ilişkiye girmesi kendi mülkünde olmuştur. Bundan dolayı ukr gerekmez.

Burada ise bu kimsenin ümmü veled yaptığı câriye üzerindeki mülkiyetin yarısı ona aittir. Bu ise ümmü veledliğin geçerli kabul edilmesi için yeterlidir. Bundan dolayı ortağının sahip olduğu kısımdaki mülkiyeti, ümmü veled olmasından önceye alınmaz ve ortağının mülkünde cinsel ilişkiye girmiş olur.

Gerçek temel neden şudur: Önceki meselede babanın câriyenin mülkiyetine sahip olması ümmü veledliğin koşuludur. Bir şeyin koşulu ise ondan önce olur. Bu meselede ise efendi, ümmü veledlik hükmü ile ortağının payına sahip olmaktadır. Çünkü ümmü veledlik bölünemez. Bir şeyin hükmü ondan sonra gelir. Onunla aynı anda gerçekleşmez. Satıcı nesep dâvasında bulunsa hüküm yine böyledir. Çünkü çocuğun ana rahmine düşmesi sırasında mülkiyetin yarısının ona ait olması da, nesebi kendine katma konusunda câriyenin tamamına sahip olması gibidir. Bu, satım akdi ile geçersiz olmaz. Fakat onun nesep dâvasında bulunması ile satım akdi geçersiz olur. Hiç gerçekleşmemiş gibi olur. Çünkü ikisi arasında ortak olan bir câriyenin çocuğunun nesebini iddia etmektedir. Câriye hakkındaki hükmü daha önce açıklamıştık.

Bir câriye iki Müslüman veya bir Müslüman ile bir zimmî arasında ortak olsa, ortaklardan biri kendi payında câriye ile mükâtebe akdi yapsa, sonra câriye çocuk doğursa, diğer ortak nesep iddiasında bulunsa, çocuğun nesebi ondan sabit olur.

Çünkü o, diğer ortak mükâtebe akdi yaptıktan sonra kendi payına halen sahiptir. Ortaklardan birinin mükâtebe akdi yapması durumunda Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu akit ister diğer ortağın izniyle olsun, ister olmasın câriyenin mülkiyeti bölünebilir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ister diğer ortağın

izniyle olsun, ister olmasın bölünemez. Ancak diğer ortağın izni olmadan yapılmış ise onun bu akdi bozma hakkı vardır. Çünkü bu akitte onun zararı vardır. Akdi bozma hakkı da ödeme sırasındadır. Mükâtebe akdi bozulabilen bir akittir. Ortaklardan biri kaldırılabilen bir kullanım gerçekleştirip bu kullanımda diğerinin zararı olursa, diğer ortak zararı kendinden gidermek için onu bozabilir. Câriye mükâtebe bedelini ödeyinceye kadar bozmazsa, özgür olma koşulu gerçekleştiği için, câriye özgür olur. Artık diğer ortağın akdi bozması mümkün olmaz. Çünkü özgür olma meydana geldikten sonra bozmaz.

Bu ön bilgiden sonra şöyle diyoruz: Nesep dâvasında bulunan kimsenin câriyedeki payı onun ümmü veledi olur. Mükâtebe akdi yapan ortağın payı ise mükâtebe akdi devam ettiği sürece, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ümmü veledi olmaz. Muhammed ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise câriyenin tamamı, onu gebe bırakan ortağın ümmü veledi olur. Bu meselenin dayanağı olan mesele şudur: Bir câriye iki ortak arasında mükâtep olsa, ortaklardan biri onu gebe bıraksa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ümmü veledlik, onun kendi payıyla sınırlı olur. Çünkü mükâtebe akdi bir mülkten başka bir mülke nakledilmeyi kabul etmez. Diğer ortağın payında ümmü veledlik ispatı ise, ancak onun mülkünün diğerine nakledilmesi ile mümkün olur. Bu mümkün olmayınca diğer ortağın payında ümmü veledlik sabit olmaz. Bu şuna benzer: Bir câriye iki kimse arasında müdebber olsa, ortaklardan biri ondan çocuk sahibi olsa bu ümmü veledlik yalnızca kendi payıyla sınırlı olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise câriyenin tamamı gebe bırakan ortağın ümmü veledi olur. Çünkü ümmü veledlik yoluyla bir câriyeye sahip olmak hükmîdir. Mükâtep de hükmî mülk olmaya konudur. [17/125]

Görmez misin mükâtebin, mükâtebe anlaşması yaptığı köle, ödeme sırasında efendiye nakledilir. Bu nedenle üst mükâtebin (efendinin mükâtebi) ödemesinden önce alt mükâtep borcunu ödediği zaman velâ hakkı efendiye ait olur.

Aynı şekilde dinden çıkan bir kimse (mürted) Müslüman olup dârülharpten geri dönüş yapsa, bu sırada mirasçısı onun kölesi ile mükâtebe akdi imzalamış olsa, o köle ona mükâtep olarak geri verilir.

Diğer yandan mükâtebe akdi bozulabilen bir akit olup, ümmü veledliğin helal kılınmasına olan ihtiyaç zaruretinden dolayı diğer ortağın payında bozulur. Çünkü mükâtebe akdinin devam ettirilmesi câriyenin hakkı içindir. Oysa ümmü veledlikte câriyenin hakkı daha çok artırılmış olur. Müdebber kılma ise böyle değildir. Çünkü müdebber kılma bozulamaz. Bundan dolayı Muhammed ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre câriyenin tamamı onu gebe bırakan ortağın ümmü veledi olur.

Bu ön bilgiden sonra şöyle diyoruz: Üzerinde durduğumuz konuda mükâtebe akdi yapan ortak, câriyeyi gebe bırakan ortağın izni ile akit yapmışsa câriye isterse kendini mükâtebe bedelini ödemekten âciz kılar. Çocuğunu iddia eden ortağın ümmü veledi olur. Çünkü borcunu ödemekten âciz olmasıyla mükâtebe akdi son

bulur. Kadını ümmü veled eden ortağın diğerinin payına sahip olması engeli ortadan kalkar. İsterse mükâtebe akdine devam eder. Borcunu ödeyince mükâtebe akdi yapan ortağın payı ve çocuğu özgür olur. Çünkü o, özgür olmak için iki yol bırakmaktadır. Bunlardan biri bedelli olup hemen gerçekleşir. Diğeri ise bedelsiz olup daha sonra gerçekleşir. Bundan dolayı câriye bu iki yoldan istediğini seçme hakkına sahiptir. Özgür olduğu zaman, ümmü veled eden ortağın câriye ve çocuk üzerindeki payı da özgür olur. Çocuk ona bir para ödemek için çalışmaz. Çünkü onun câriye üzerindeki payı ümmü veledidir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin kuralına göre ümmü veledin köleliği değerli mal (mütekavvim) değildir. Özgür olduğu zaman efendisine bir para ödemek için çalışmaz.

Nitekim Ebû Hanîfe (rh.a.) iki ortak arasında ümmü veled olan ve ortaklardan birinin özgür kıldığı câriye hakkında da böyle söylemiştir.

Kitâbet akdi, câriyeyi gebe bırakan ortağın izni olmadan yapılmış ise, hakim onu bozar. Çünkü açıkladığımız üzere bu akit diğer ortağı bağlayıcı değildir. Hakim onu bozduğu zaman câriye kendisini gebe bırakan ortağın ümmü veledi olur. Çünkü engel ortadan kalkınca o, ümmü veledlik nedeniyle diğer ortağın payına sahip olur. Câriye, mükâtebe bedelini ödeyinceye kadar, hakim, mükâtebe akdini bozmazsa, mükâtebe akdi yapan ortağın câriye ve çocuğu üzerindeki payı
[17/126] özgür olur. Çünkü koşul yani borcun ödenmesi gerçekleşmiştir. Câriyeyi gebe bırakan ortağın payı da özgür olur. Câriye ona bir meblağ ödemek için çalışmaz. Bunun nedenini önceki meselede açıklamıştık. Diğer ortağın mükâtebe akdini bozma hakkı varsa da, onu ümmü veled yapmak istemesi, bu akdi bozması anlamına gelmez. Çünkü iki şey arasında zıtlık yoktur. Her ikisi de kişinin kendi payında gerçekleştirdiği birer kullanımdır. Dolayısıyla bu, diğer ortağın payına geçmek anlamına gelmez.

Bir câriye bir Müslüman ile zimmî arasında ortak olsa, sonra zimmî Müslüman olsa, her iki ortak da câriyenin çocuğunun nesebini iddia etse, çocuk ikisinin olur.

Nitekim ikisi de aslen Müslüman olsa hüküm böyle olacaktı. Çünkü Müslümanın nesep dâvasını diğerine tercih etmek, çocuğun Müslüman olmasına neden olduğu içindir. Buna da nesep dâvası sırasında bakılır. Diğer ortak çocuğun ana rahmine düşmesi sırasında Müslüman değil idiyse de, nesep dâvası sırasında Müslüman olmuştur. Bundan dolayı iddiası ortağının iddiası gibidir. Her yönden birbirine eşit olunca, çocuğun nesebi her ikisinden sabit olmuş, câriye de ikisinin ümmü veledi olmuştur.

Câriye iki Müslüman arasında ortak iken gebe kalsa, sonra ortaklardan biri İslamdan çıksa, her iki ortak da doğan çocuğun nesebini iddia etse çocuk Müslümanın olur. Çünkü dinden çıkmış (mürted) olan kâfirdir. Kâfirin nesep dâvası ise Müslümanın dâvasına denk değildir.

Diğer yandan nesep iddia etmek bir kullanımdır. Müslümanın kendi mülkünde yaptığı bir kullanım İslamdan çıkanın kullanımından daha geçerlidir.

Görmez misin islamdan çıkanın payını özgür kılması, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre mevkuftur (askıdadır). Bundan dolayı Müslümanın nesep dâvası tercih edilir.

Câriye bir Müslüman ile zimmî arasında ortak olup, Müslüman İslâmdan çıksa, sonra çocuğun nesebini iddia etseler, çocuk islamdan çıkanın olur. Çünkü o İslam'ın hükümlerine zimmîden daha yakındır.

Görmez misin o, Müslüman olmaya zorlanır. Yeni inancı üzere bırakılmaz. Domuz ve şarapla ilgili kullanımları da geçerli olmaz. Zimmî ise böyle değildir. İslâmdan çıkan, İslam'a daha yakın olduğu için nesep dâvası hükmünde Müslüman gibi kabul edildi. Bu nedenle dâvası zimmînin dâvasına tercih edilir. Diğer yandan Müslümanın dâvası çocuk için Müslümanlık hükümleri sabit olduğu için tercih edilir. Bu, dinden çıkanın iddiasında da vardır. Buna göre nesep dâvası dinden çıkan tarafından askıda olmayan kullanımlardandır. Çünkü bu gerçek mülkiyeti gerektirmez. Dinden çıkanın kullanımlarının askıda olmasının nedeni ise, mülkiyeti askıda olduğu içindir. O nesep dâvası konusunda Müslüman gibi olunca, zimmîye tercih edilir. Câriye onun ümmü veledi olur. Çünkü ümmü veledlik çocuğun nesebinin sabit olmasına dayalıdır. Bu da nesep dâvasında bulunması ile sabit olmuştur. Buna göre islamdan çıkan, Câriyenin değerinin yarısını ve ukrunun yarısını ortağına öder. Zimmî de câriye ile cinsel ilişkiye girdiğini ikrar ettiği için, ukrun yarısını ona öder. Dolayısıyla ukrun yarısı diğer yarısı ile takas olur.

İki kişi arasında ortak olan bir câriye doğum yapsa ve ortakların ikisi de nesep iddiasında bulunsalar, onlardan biri câriyeye bir ay önce sahip olmuş iken diğeri altı ay veya daha önce sahip olmuş olsa, daha önce sahip olan ortağın iddiası kabul edilir.

Çünkü onun dâvası ümmü veledlik dâvasıdır. Dolayısıyla çocuğun ana rahmine düşme zamanına kadar dayanır. Diğerinin dâvası ise özgür kılma dâvasıdır. Çocuğun ana rahmine düşmesi onun mülkünde iken gerçekleşmemiştir. Bundan dolayı ümmü veledlik iddiası anlam bakımından diğerinden daha önce gerçekleşmiş olur. Câriyenin ukrunun yarısını ve değerinin yarısını öder. Çünkü ümmü veledlik iddiası ile ortağının payını da mülkiyetine geçirmiştir. (Muhammed (rh.a.)'in "öder" ifadesinden) kime ödeyeceği anlaşılmamıştır. Kimi fakihler şöyle demiştir. Satın alan ortağına değil, satıcıya öder. Çünkü nesep dâvası çocuğun ana rahmine düşmesi anına kadar dayandırılmıştır. O zaman ise câriyenin mülkiyeti satıcıya aitti. Nesep dâvası kabul edilen ortak, satıcının rızası olmadığı halde câriyeyi mülkiyetine geçirmiştir. Bundan dolayı değerinin yarısını ve ukrun yarısını ona öder. Alıcı da ödediği bedeli satıcıdan geri ister. Çünkü satın aldığı şeyde satım akdi geçersiz olmuştur. İlk mülk sahibi bilinmezse, çocuk her ikisinin olur. Câriye de ikisinin ümmü veledi olur. Çünkü nesep dâvasında birbirine eşit olmuşlar

ve çocuğun ana rahmine düşmesi ikisinin mülkünde iken gerçekleşmiştir. Biri diğerine ukr ödemez.

[17/127] Ortaklardan birinin diğerine ukr ödememesi câriye ile cinsel ilişkiye girdiğinin, ortağının mülkünde iken gerçekleştiğini kesin olarak bildiğimiz içindir. Başkasına ödememeleri ise, câriye mülkünde olan kimsenin ödemesi gereken ukru, ortağına payını satan kimseye ödeyeceği içindir. Hangisinin ukr ödeyeceği belirsizdir. Bilinmeyen bir kimse ise borç altına sokulamaz.

Bir zimmî, câriyesinin yarısını bir Müslümana satsa, sonra câriye altı aydan az bir süre içinde doğum yapsa, ikisi de çocuğun nesebini iddia etse, çocuk zimmînin olur. Satım akdi geçersiz sayılır.

Çünkü câriyenin yarısını satması, tamamını satmasından daha üstün olamaz. Câriyenin tamamını satması durumunda ise, çocuğun ana rahmine onun mülkünde iken düştüğünü bildiğimiz için, nesep dâvasında bulunmaya o daha layık olur. Bu, câriyenin yarısını satması durumunda daha da öncelikli olacağını gösterir.

Câriye, bir erkek ile küçük veya büyük bir kadın arasında ortak olsa, doğum yapsa, erkek ve kadının babası çocuğun nesebini iddia etseler, nesep câriyenin sahibinden sabit olur. O, câriyenin yarısına gerçekten sahiptir. Kadının babasının ise ne gerçek mülkiyeti, ne de mülkiyet hakkı yoktur. Yalnızca yorumlama hakkı vardır.[49] Yorumlama hakkı ise gerçek mülkiyete denk değildir. Diğer yandan, kadının babasının nesep dâvasının geçerliliği, çocuğunun ana rahmine düştüğü anda kızının rızası olmadan, o câriyeyi mülkiyetine geçirmesi nedeniyledir. Bu ise diğer ortağın câriyeyi ümmü veled yapma hakkı sabit olduğu için mümkün değildir. Onun nesep dâvası, mülkiyeti önce kabul etme koşulu olmaksızın geçerli bir dâvadır. Bundan dolayı o daha layık olur.

İki kimse arasında ortak olan câriye ölü bir çocuk doğursa, ortaklardan biri onun nesebini iddia etse, çocuk onun oğlu, câriye de ümmü veledi olur.

Çünkü nesebin sabit olması çocuğun ana rahmine düşme vaktinden başlar. Bu hükümde canlı doğan çocuk ile ölü doğan arasında fark yoktur. Câriyenin ümmü veled olması konusunda ölü doğan çocuk diri doğan gibidir. Nitekim câriye bir kişiye ait olsa hüküm yine böyledir.

Câriye, bütün organları veya bazı organları belirmiş bir düşük yapsa, hüküm yine böyledir. Bu durumdaki çocuklar için diri doğan çocuk hükümleri uygulanır. Görmez misin iddet bu düşükle sona erer. Kadın lohusa olur. Câriye de ümmü veled olur.

---

[49] Adam "sen ve malın babama aittir" mealindeki hadise dayanarak, kızının câriyesinin ve onun çocuğunun kendi mülkü olduğu yorumunda bulunmasıdır.

Câriye bir kimse ile oğlu arasında ortak olup doğum yapsa, ikisi de çocuğun nesebini iddia etse, çocuk istihsanen babanın oğludur. Kıyasa göre ise her ikisinden de sabit olur.

Çünkü her biri câriyenin yarısına gerçekten sahiptir. Nesep dâvasının geçerliliği ise rakabe mülkiyetine göredir. Bu konuda da baba oğul eşittir. Gerçek (mülkiyet) karşısında (mülkiyet) hakkı dikkate alınmaz. Şöyleki câriye bütünüyle oğla ait olsa, baba ve oğul her ikisi de çocuğun nesebini iddia etse, oğlun dâvası babanın dâvasında tercih edilir.

İstihsanın dayanağı şöyledir: Baba tarafı daha ağır basar. Çünkü câriyenin yarısında onun gerçek mülkiyeti, diğer yarısında da ümmü veledlik yoluyla, oğlunun rızası olmadan câriyeyi mülkiyetine geçirme hakkı vardır. Oğlun ise babasının payında ne mülkiyeti, ne mülkiyet hakkı, ne de mülkiyetle yorumlama hakkı yoktur. Bundan dolayı baba tarafı daha ağır basmıştır. Başlangıçta ispata dayanak oluşturmayan şey ile, denklik durumunda tercih söz konusu olur. Bu şuna benzer: Bir kimsenin iki erkek kardeşinden birisi ana-baba bir, diğeri baba bir kardeş olsa, asabelikte[50] ana-baba bir erkek kardeş anne yakınlığı ile ağır basar. Halbuki bu asabelik hakkını elde etmenin temel nedeni değildir. Babanın nesep dâvası geçerli olup, câriye onun ümmü veledi olunca, câriyenin değerinin yarısını ve ukrunun yarısını oğluna öder. Câriyenin tamamen oğla ait olması durumunda ise böyle değildir. Çünkü açıkladığımız üzere burada babanın, oğlun payına sahip olması ümmü veledliğin koşulu değil, hükmüdür. Câriyenin yarısının mülkiyetinin ona ait olması, ümmü veledliğin geçerliliği için yeterlidir. Bundan dolayı câriyenin ukrunun yarısını öder. Oğlu da ukrun yarısını babasına öder. Çünkü câriye ile cinsel ilişkiye girdiğini ikrar etmiştir. Dolayısıyla ukrun yarısı diğer yarısına takas olur. [17/128]
Babanın ölümünden sonra babanın babası olan dede, bu hükümde baba gibidir.

---

[50] **Asabe /** العصبة. Bir kimsenin baba tarafından akrabası. İslâm miras hukukunda asabe, mirasta belirli bir paya sahip olmayıp payları belirlenmiş mirasçılar (ashâb-ı ferâiz) hisselerini aldıktan sonra geri kalanı ve yalnız bulunduklarında ise terekenin tamamını alan mirasçıdır. Asabe-i nesebiyye ve asabe-i sebebiyye olmak üzere iki kısma ayrılır:

1. Asabe-i nesebiyye; ölüye nesep yakınlığı olan kimselerdir. Bunlar da üçe ayrılır:

a. Asabe bi nefsihi; baba, oğul, babanın babası, oğlun oğlu gibi ölüye nisbetinde araya kadının girmediği erkek akrabalar.

b. Asabe bi ğayrihi; ölünün asabeden olan erkek kardeşleriyle birlikte bulunan kız kardeşleridir.

c. Asabe ma'a ğayrihi; asabeden olmayan bir kadın ile beraber bulundukları tekdirde asabeden olan kadınlardır. Bunlar ölünün kızıyla birlikte bulunan ana baba bir veya baba bir kızkardeşleridir.

2. Asabe-i sebebiyye: Bu da iki kısımdır;

a. Itk (özgür bırakma) sebebiyle olan asabe; mevlâ'l-atâka ile onun bi nefsihi asabesinden olan erkeklerdir.

b. Akit sebebiyle olan asabe; bir kimsenin diğerine "sen benim velimsin, öldüğüm zaman bana varis olacaksın, bir cinayet işlediğim zaman ise benim yerime diyet ödeyeceksin" der ve o da kabul eder böylece aralarında bu şekilde asabelik meydana gelir. Buna "mevlâ'l-muvâlât" denir.

Erkek kardeş, amca veya yabancı birisinin hükümde farkı yoktur. Çünkü bunlardan birinin diğerinin malında mülk yorumu ve ümmü veledlik yoluyla mülkiyetine geçirme hakkı yoktur.

Ana babadan birisi Müslüman diğeri gayri müslimse çocuğun Müslümanlığı

Ana babadan biri Müslüman olsa küçük çocuk Müslüman olur. Ömer'den (rh.a.), Kadı Şurayh'tan ve İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'den böyle nakledilmiştir. Bunun temel nedeni şudur: Müslüman olanın tarafını dikkate almak çocuğun Müslüman olmasını gerektirir. Zimmî olanın tarafını dikkate almak ise çocuğun kâfir olmasını gerektirir. Bu nedenle çocuğun Müslüman olmasını gerektiren taraf tercih edilir. Böylece çocuğun yararı sağlanmış ve Peygamber'in,

اَلْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ

"İslam üstündür. Ona üstün gelinmez"[51] sözü ile uygulama yapılmış olur.

Câriye iki kimse arasında ortak olup doğum yapsa, ikisi de çocuğun nesebini iddia etse çocuk ikisinin olur. Ondan sonra başka bir çocuk daha doğursa, yeni bir nesep dâvası olmadan, nesebi her ikisinden de birinden de sabit olmaz. Çünkü câriyenin rakabesinde (mülkiyetinde) ortak olmaları ikisi veya biri için nesebi ispat eden firâş (cinsellik) hakkına engel olur. Ümmü veledin çocuğunun nesebinin efendisinden sabit olması, câriye hakkında güzel düşünülmesi (hüsnü zan) ve böylece câriyenin haram bir fiil işlediğinin düşünülmemesi içindir. Bu ise burada yoktur. İki ortak da câriye ile cinsel ilişkiye girme mülkiyetine sahip değildir. Bundan dolayı onlardan biri çocuğun nesebini iddia etmediği sürece nesep ikisinden veya birinden sabit olmaz. Onlardan biri nesep iddiasında bulunursa o zaman câriyenin yarısında ve çocuğun yarısında mülkiyeti bulunduğu için, nesep dâvası ile nesep sabit olur. Ortağına câriyenin ukrunun yarısını öder. Çocuğun değerinden ise hiçbir şey ödemez. Bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüdür.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise zengin ise ortağına, çocuğun yarı değerini öder. Fakir ise çocuk, (büyüdüğünde) yarı değerini diğer ortağa ödemek için çalışır. Çünkü ümmü veledin çocuğu annesi hükmündedir. Dolayısıyla ortaklardan birinin çocuğun nesebini iddia etmesi ona özgürlüğünü vermesi gibidir. Ortaklardan biri câriyeye özgürlüğünü verse Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre diğerine bir şey ödemez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise zengin ise öder. Fakir ise câriye değeri için çalışır. Çocuk hakkında da hüküm böyledir. Çünkü onun nesebini iddia eden, özgür yapmış gibidir.

Bir Müslüman ile zimmî arasında ortak olan bir câriye doğum yapsa. Her ikisi de nesep iddiasında bulunsa, biz Hanefîlere göre o Müslüman olan ortağın çocuğudur. Züfer (rh.a.)'e göre ise çocuk ikisinindir. Fakat Müslüman olur.

---

[51] Buhârî, Cenâiz 79; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/205; Dârekutnî, *Sünen*, III/252; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/200.

Çünkü nesep ikisinden de sabit olmuş ise de, iki babadan birine tabi olması onun Müslüman olmasını gerektirmektedir. Nitekim biri kâfir diğeri Müslüman olan bir ana babadan doğan çocuk da böyledir.

Biz Hanefîlerin bu konuda delilimiz şöyledir: Müslüman olan ortağın nesep dâvası çocuk için daha yararlıdır. Çünkü o çocuğun hem nesebini, hem de Müslümanlığını ispat etmektedir. Nesep dâvasında denklik olunca çocuğun yararına bakılarak taraflardan biri diğerine tercih edilir. Nitekim taraflardan biri özgür olsa çocuk özgür olacağı için o tercih edilir. Burada da hüküm böyle olmalıdır.

Bir kimse terk edilmiş bir çocuk bulsa, bir köle onun kendi eşi olan falanca câriyeden oğlu olduğunu iddia etse, efendisi de onu doğrulayıp "Bu benim kölemdir" dese nesep ondan ve eşinden sabit olur. Çocuk efendinin kölesi olur. Bu Ebû Yusuf (rh.a.)'a göredir.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise nesep ondan ve eşinden sabit olur. Çocuk özgür olur. Nesebin onların dâvası ile sabit olması istihsana göredir. Kıyasa göre ise nesep sabit olmaz. Çünkü çocuk üzerindeki zilyetlik onu bulan kimseye aittir. Onlar ise sırf nesep dâvası ile çocuk üzerinde sabit olmuş bir zilyetliği kaldırmayı istemektedirler. Bu nedenle bu dâvada doğrulanmazlar. İstihsana göre ise çocuğu bulan kimsenin zilyetliğinin dikkate alınması çocuğun yararı içindir. Böylece çocuk onun yanında korunmuş olur. Bu, zilyetlikte bulan kimsenin hakkı olduğu için değildir. Çocuğun nesebinin, iddia eden kimseden sabit olmasında ise çocuğun yararı daha çoktur. Daha önce kölenin nesep dâvası konusunda özgür gibi olduğunu açıklamıştık. Bundan dolayı nesep dâvası ile çocuğun nesebi ondan ve câriyeden sabit olur. **[17/129]**

İslâm ülkesinde bulunan çocuğun Müslümanlığı

Muhammed (rh.a.)'in delili şöyledir: Buluntu çocuk ülkesi (dâr) dikkate alınarak özgür olur. Nesebini kölelerden sabit kılmakta çocuğun yararını artırmak var ise de, köle olduğunu ispat etmekle çocuğa zarar verilmiş olur. Nesebin onlardan sabit olması, köleliğin sabit olmasını gerektirmez. Bundan dolayı, olduğu durum üzere (İstishâb kuralı gereği) özgür olarak kalır. Köle ile efendisinin çocuğa zarar veren konuda sözleri dikkate alınmaz. Nitekim zimmî bir kimse Müslüman şehirlerinden birinde bulunan bir çocuğun nesebini iddia etse nesep iddiası ile çocuğun yararını sağlamak için nesebi ondan sabit olur. Zararını önlemek için de Müslüman olarak kabul edilir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un delili ise şöyledir: Çocuğun nesebinin o köle ile eşinden olduğuna hükmedince iki kölenin sperm ve yumurtasından yaratılmış olduğuna hükmetmiş olduk. İki kölenin sperm ve yumurtasından yaratılmış olan kimse ise özgür olmaz. Çünkü çocuk iki asıldan meydana gelir. Asıllar köle olup çocuğun özgür olmasına hükmetmemizi mümkün kılacak bir neden olmayınca ve neden olmadan bir hükmü ispat etmenin yolu olmadığından çocuk da köle olur.

Bunu şu da ortaya koymaktadır: Câriyenin çocuğu efendisinin kölesidir. Çünkü câriyenin parçasıdır. Ancak baba tarafında bir aldanma olup baba özgür olunca, onun sperminin özgürlük niteliği olduğu gibi devam eder. Bu meselede ise aldanma yoktur. Bundan dolayı çocuk köle olur.

Aslında bu mesele bizim Kitabu'n-nikah'ta andığımız şu meseleye benzer: Köle, bir câriye tarafından aldatılsa ve câriye doğum yapsa, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre çocuk köle olur. Muhammed (rh.a.) ise farklı görüştedir. Kitabu'l-ikrar'da belirttiğimiz şu meseleye de benzer: Durumu (özgür veya köle olduğu) bilinmeyen bir câriye, köle olduğunu ikrar etse, ikrarı üzerinden altı aydan daha fazla bir süre geçtikten sonra doğum yapsa, çocuk Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre köle olur. Muhammed (rh.a.)'e göre ise olmaz.

Buluntu çocuk (lakît) hakkında nesep iddia etme durumu

İki kimse buluntu (lakît) çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, biri çocuğun vücudundaki bazı işaretleri söylese, diğeri söylemese, çocuğun nesebinin bazı işaretler söyleyen kimseye ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü nesep dâvaları birbirine denk olunca, ikisi arasında işaretlere göre tercih yapılır. Nitekim karı-koca arasında ev eşyasında anlaşmazlık olsa yine böyledir. Diğer yandan çocuğun bedenindeki işaretleri bilmek onun zilyetliğinin daha önce olduğunu, çocuğun onun oğlu olduğunu gösterir. Çünkü kişi çocuğunun bedenindeki işaretleri başkalarından daha iyi bilir. Bu şuna benzer: buluntu bir malı iddia eden kimse, malın bulunduğu gündeki bazı alametlerini bilse o malın ona ait olduğuna hükmedilir.

Çocuğun bedenindeki işaretleri söyleyen kimse bazı işaretleri bilse, bazılarında yanılsa, hiç işaret söylemeyen kimse ile arasında fark olmaz. Çünkü bildiği şeyleri dikkate almak onun doğru söylediğini, bilemediği şeyleri dikkate almak ise yalan söylediğini gösterir. İkisi arasında denklik olunca hiçbir işaret söylememiş gibi kabul edilir.

Nesep iddiasında bulunan iki kimse de çocuğun bedenindeki işaretleri söylemese çocuk ikisinin olur. Çünkü nesep dâvasında birbirine eşittirler.

[17/130]

Taraflardan biri "O benim cinsiyet olarak bir erkek çocuktur" dese, diğeri de "o cinsiyet olarak bir kız çocuğudur" dese hangisi bilirse, çocuğa o diğerinden daha layıktır. Çünkü onun sözünde doğruluk delili, diğerinin sözünde ise yalan delili ortaya çıkmıştır.

Bir kimse buluntu çocuğun nesebini iddia edip "O erkek çocuğudur" dese, fakat çocuk kız çıksa dâvasında doğrulanmaz. Çünkü dâvasında yalan söylediği ortaya çıkmıştır.

Hüküm verme nedeni dâva olunca, çocuğun nesebinin ona ait olduğuna da hükmedilmez. Çünkü yalan söylediği ortaya çıkmıştır. Diğer yandan o bir erkek

çocuğunun nesebini iddia etmektedir. Ortada ise erkek çocuk yoktur. Olmayan bir şeyi iddia etmek ise geçersizdir.

Müslümanın bulduğu çocuğun nesebini zimmînin iddia etmesi

Buluntu çocuk bir Müslümanın elinde olsa, zimmî bir kimse onun nesebini iddia etse, kıyasa göre nesep ondan sabit olmaz. Bu, buluntu çocuğun nesebini iddia etmek konusundaki birinci kıyastan daha farklıdır. Çünkü o meselede bulunduğu ülkeyi dikkate alarak çocuğun Müslüman olduğuna hükmettik. Müslüman çocuğun nesebini iddia etmek konusunda ise zimmînin sözü kabul edilmez.

Fakat Muhammed (rh.a.) istihsan olarak şöyle dedi: Bu kimsenin dâvasında iki şey vardır. Bunlardan birincisi çocuğun nesebidir. Bunda çocuğun yararı vardır. Diğeri ise çocuğun kâfir olmasıdır. Bunda da çocuğun zararı vardır. Dolayısıyla dâva çocuğa yararı olan kısımda geçerli, zararı olan kısımda ise geçersiz olur. Çünkü nesebin sabit olması din konusunda ana-babaya uymayı gerektirmez. Örneğin, küçük bir çocuk esir edilse, yanında anne babasından biri olmasa nesebi dârülharp vatandaşından sabit olur. Ancak Müslüman olduğuna hükmedilir.

Mesele dört açıdan düşünülebilir:

Birinci durum: Çocuğu bulan kimse Müslüman olur. Çocuk Müslüman şehirlerinden birinde bulunur. Bu durumda çocuğun Müslüman olduğuna hükmedilir.

İkinci durum: Bir zimmî, çocuğu bir kilisede veya havrada, ya da zimmet ehlinin köylerinden birinde bulursa çocuk kâfir olur.

Çocuğu bir Müslüman, kilise veya havrada bulsa veya bir zimmî Müslümanların mescitlerinden birinde bulsa, Kitabu'l-lakit'te Muhammed (rh.a.) "Bulunan yere bakılır" demiştir. Kitabu'd-dâva'da ise "Bulana bakılır" demiştir. İbn Semâa, Muhammed (rh.a.)'den bu çocuğun giyim tarzına ve simasına göre hüküm verileceğini rivayet etmiştir.

Kitabu'l-lakit'teki rivayetin dayanağı şöyledir: Çocuğun bulunduğu yer bulan kimseden daha önceliklidir. Hüküm de önceliğe göredir. Çünkü görünen odur ki zimmet ehli çocuklarını Müslümanların ibadethanelerine koymazlar. Müslümanlar da çocuklarını kilise ve havralara koymazlar. Bir şeyin gerçeği bilinemediği zaman görünüşe göre hüküm vermek gerekir.

Kitabu'd-dâva'daki rivayetin dayanağı ise şöyledir: Buluntu çocuk mübah mal hükmündedir. Sahipsiz mübah mal, kimin eline daha önce geçerse o onu ihraz etmiş, sahip olmuş olur. Bundan dolayı hüküm onun zilyetliği doğrultusunda verilir. Çünkü yerin dikkate alınan bir zilyetliği yoktur.

Görmez misin sahipsiz olan mübah mala, bulunduğu yere göre değil, ihraz edilmek (elde edilmek) suretiyle sahip olunur.

İbn Semaa (rh.a.)'nın rivayetinin dayanağı ise şöyledir: Giyim tarzı ve simaya göre hüküm vermek gerekir. Örneğin bir evde ergen birisi bulunsa, "Ben Müslümanım" dese, üzerinde Müslüman siması varsa sözü kabul edilir. Bu konuda asıl

﴿ يُعْرَفُ الْمُجْرِمُونَ بِسِيمَاهُمْ ﴾

"Suçlular simalarından tanınır" (er-Rahmân 55/41) âyetidir.

Bu rivayetin açıklamasını İbn Semaa (rh.a.) söylemiştir: Çocuğun boynunda haç, üzerinde ipek elbise ve başının ortasında boncuk varsa, açık olan onun Hıristiyan çocuğu olduğudur. Bu nedenle Müslüman olduğuna hükmedilmez.

Muhammed (rh.a.) *el-Asl*'da şöyle demektedir:

Çocuk, Müslüman bir kimsenin elinde olup bir zimmî onun nesebini iddia
[17/131] etse, iki zimmî tanık getirse, istihsanen onun oğlu olduğuna hükmedilir. Bulan kimse onu kilise veya havrada bile bulmuş olsa, Müslüman olarak kabul edilir.

Bu rivayeti yani "Müslüman olarak kabul edilir" rivayetini Ebû Süleyman (rh.a.)'ın rivayetinde söylemiş, Ebû Hafs (rh.a.)'ın rivayetinde ise söylememiştir. Hakim eş-Şehid, Ebû Hafs (rh.a.)'ın rivayetini doğru bularak şöyle demiştir: "Sırf iddia olduğu zaman Müslüman olduğuna hükmedilir. Dâva ile birlikte delil de getirilirse Müslüman olduğuna hükmedilmez."

Fakat Ebû Süleyman (rh.a.) nüshalarında söylenilen rivayet daha doğrudur. Çünkü bu rivayete göre çocuğun bulana tabi olmasını dikkate alarak Müslüman olduğuna hükmedince, zimmet ehlinin tanıklığı bulana karşı ve bulana tabi olarak Müslüman olduğuna hükmedilen çocuğa karşı delil olmayınca, o tanıklığın varlığı ile yokluğu bir olmuştur. Bundan dolayı nesebini zimmîden sabit kılsak bile, onu Müslüman olarak kabul ettik.

Çocuk Müslüman şehirlerinden birinde bulunursa, özgür ve Müslüman olduğuna hükmedilir. Zimmînin onun hakkındaki tanıklığı kabul edilmez.

Muhammed (rh.a.) bu ifadesiyle zimmîlerin din konusundaki tanıklıklarının kabul edilmeyeceğini kastetmiştir. Nesep konusunda ise çocuğun nesebi zimmîden sabit olur. Nitekim bunu açıkladık.

Bir kimse çocuğun kendi oğlu olduğuna, diğer bir kimse ise kölesi olduğuna delil getirse, oğlu olduğuna delil getirenin lehine hükmedilir. Çünkü onun delili ile çocuğun nesebi ve özgür olduğu ispatlanmıştır. Diğerinin delili ile ise köleliği ispatlanmıştır. Bu nedenle çocuğun yararı için özgürlüğü gerektiren delil tercih edilir.

Bir kimse "Bu çocuk benim şu özgür eşimden oğlumdur" diye iddia edip delil getirse, başka birisi, falanca câriyeden çocuğu olduğuna delil getirse, çocuğun

özgür karı-kocanın oğlu olduğuna hükmedilir. Çünkü evlilik yoluyla câriyeden doğan çocuk köledir. Bundan dolayı özgürlüğü gerektiren delil tercih edilir.

Her ikisi de çocuğun özgür eşinden oğlu olduğuna delil getirse ve tarih belirtseler, çocuğun yaşının belirtilen tarihlerden birine uygun olduğu biliniyorsa, nesebi o tarihi belirten kimseye ait olur.

Çünkü çocuğun yaşına bakılarak o tarihe tanıklık edenlerin doğru söylediği ortaya çıkmıştır. Çocuğun yaşının hangi tarihe uygun düştüğü bilinemiyorsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre önceki tarihi belirten kimsenin lehine hükmedilir. Çünkü çocuğun yaşı tespit edilemeyip tanıkların doğru veya yalan söyledikleri bilinemeyince, geriye tarihin dikkate alınması kalır. Önceki tarihi iddia eden kimse, başka bir kimsenin anlaşmazlığı olmayan bir tarihte, çocuğun nesebini kendinden ispat etmektedir. Çocuğun nesebi sabit olduktan sonra ise, başkasından sabit kılınması mümkün olmaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise, çocuğun nesebinin ikisine de ait olduğuna hükmedilir. Çünkü ikisi de nesebi çocuğun ana rahmine düşmesinden itibaren kendinden ispat etmektedir. Nesep de çocuğun ana rahmine düşmesinden önce sabit olmaz. Bu nedenle artık tarihte önceliği dikkate almanın yararı yoktur. Tanıklar sanki hiç tarih belirtmemiş gibi kabul edilirler. Nesebin ikisine birden ait olduğuna hükmedilir. Ebû Süleyman (rh.a.)'ın rivayetinde görüş ayrılığı böyle ortaya konulmuştur.

Ebû Hafs (rh.a.)'ın rivayetinde ise Muhammed (rh.a.) "Her üç imamın görüşüne göre de çocuk ikisinin birden oğlu olur." demiş ve çocuğun iki kadının oğlu olması konusundaki görüş ayrılığına işaret etmiştir. Bu meseleyi de daha önce açıklamıştık.

Çocuğun nesebini iddia edenlerin farklı cinsiyet söylemeleri

[17/132]

Taraflardan biri çocuğun kendi oğlu olduğuna, diğeri de kızı olduğuna delil getirse ve buluntu çocuğun hünsa (çift cinsiyetli) olduğu duyurulsa, çocuk erkeklerin işediği yerden işiyorsa, erkek olduğuna hükmedilir. Onun erkek olduğunu ispat eden kimsenin oğlu olur. Kadınların işediği yerden işiyorsa nesep diğerine ait olur. Her iki yerden de işiyorsa hangi delikten önce çıktığına bakılır. Her iki delikten de aynı anda çıkıyorsa Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre hangisinden daha çok çıktığına bakılır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise idrarın azlığına ve çokluğuna bakılmaz. Nesep ikisinden birden sabit olur. Çünkü işarete bakılarak dâvacılardan birini diğerine tercih etme imkânı yoktur. Bundan dolayı birbirine eşit olurlar.

Buluntu çocuğu hem Müslümanın hem zimmînin iddia etmesi

Buluntu çocuğu bir Müslüman ve zimmî iddia etse, delil getirseler, Müslümanın lehine hüküm verilir. Çünkü onun delili ile çocuğun Müslüman olduğu ispat edilmektedir. Bu çocuk hakkında daha yararlıdır. Müslümanın tanıkları zimmet ehlinden, zimmînin tanıkları Müslümanlardan olsa hüküm yine

Eşlerden birinin dinden çıkması durumunda çocuğun nesebi

böyledir. Çünkü her birinin tanıkları diğer dâvacıya karşı delil oluşturur. Bundan dolayı çocuğun Müslüman olduğunu gerektiren delil tercih edilir.

Eşlerden biri –Allah korusun- dinden çıksa, çocuk iki yıl zarfında doğarsa, nesebi kocaya ait olur. Çünkü aralarının ayrılması eşlerden birinin zifaftan sonra dinden çıkmasıyla gerçekleşmiştir. Bu ise kadının iddet beklemesini gerektirir. Dolayısıyla kadın, döllenmenin nikah devam ederken gerçekleştiği bir süre içinde doğum yaparsa, nesep kocadan sabit olur. Nitekim boşama ile gerçekleşen ayrılmada da hüküm böyledir.

Koca İslâmdan çıkıp dârülharbe (düşman ülkesine) kaçsa, hüküm yine böyledir. Çünkü kadın bizim ülkemizde kalınca İslamın hükümleriyle sorumlu olur. Bundan dolayı iddet beklemesi gerekir. Ancak Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre iki erkek veya bir erkek ve iki kadın tanıklık etmedikçe sırf ebenin tanıklığı ile çocuğun nesebi kocadan sabit olmaz. Çünkü maksat, çocuğun mirasçı olmasıdır. Bir kadının tanıklığı ile ise mirasçılık sabit olmaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ebenin tanıklığı yeterlidir. Bu meselenin aslı Kitabu't-talak'ta geçen şu meseledir: Ortada açık bir gebelik veya evlilik yoksa, koca da eşinin gebe olduğunu ikrar etmemişse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre nesep ancak iki tanığın tanıklığı ile sabit olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bir kadının tanıklığı ile sabit olur.

Dârülharbe (düşman ülkesine) kaçan mürted (dinden çıkan), kadının, ümmü veledi olduğuna yemin etse, dârülharbe kaçması hükmi bir ölüm olur. Hakim hükmettiği zaman bununla ümmü veledi özgür olur. İddet beklemesi gerekir. Bu çocukla evli kadının çocuğu hakkında verilecek hüküm aynıdır.

Kadın İslâmdan çıkıp, dârülharbe kaçsa çocuğunun nesebi kocaya ait olmaz. Ancak dinden çıktığı günden başlayarak altı aydan kısa bir süre içinde doğum yaparsa, o zaman nesep kocaya ait olur. Çünkü iddet beklemesi gerekmemiştir. Bu nedenle döllenmenin evlilik durumunda gerçekleştiği kesin olarak bilinmedikçe nesep sabit olmaz. Nitekim zifaftan önce boşanan kadın hakkında da hüküm böyledir.

Çünkü o kadın dârülharp vatandaşı olmuştur. Bundan dolayı Müslümanların hükümleriyle sorumlu olmaz. Müslümanın dârülharp vatandaşı olan bir kadın üzerinde nikah koruması olmadığı gibi iddet koruması da olmaz.

Dârülharp vatandaşı olan birinin eşi Müslüman olup İslam ülkesine gelse, altı aydan kısa bir süre içinde doğum yapmaması durumunda, çocuğunun nesebi ona ait olmaz. Bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göredir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise iki yıl zarfında doğum yaparsa nesep ona ait olur. Bu nikah konusundaki şu meselenin bir dalıdır: Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, dârülharpten İslam ülkesine hicret eden kadının iddet beklemesi gerekmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise iddet beklemesi gerekir.

İrtidat eden (dinden çıkan) kadın gebe olarak esir edilse, altı aydan kısa bir süre içinde doğum yapsa, çocuğunun nesebi kocasından sabit olur.

[17/133]

Çünkü esir edilmeden önce çocuğun ana rahmine düştüğünü kesin olarak anladık. Süre sınırlaması da altı aydır. Esir edilme, evlilik korumasını yok ettiği gibi, iddet korumasını da yok eder. Çocuk babasına tabi olarak Müslüman olsa bile, annesiyle birlikte köle olur. Çünkü çocuk anne karnında durduğu sürece onun bir parçasıdır. Kadın esir edilmekle bütün parçalarıyla köle olmuştur. Bize göre karnındaki çocuk da böyledir.

Farklı dinlerden olan eşlerden birisi Müslümansa çocuklarının da Müslüman olması

Dinden çıkan bir kimse, Müslüman bir kadınla evlense veya dinden çıkan bir kadın Müslüman bir erkekle evlense ve ondan çocuk doğursa, çocuğun nesebi her ikisinden sabit olur.

Çünkü geçersiz nikah, gerdek gerçekleşince nesebin ispatı konusunda geçerli nikah gibi, hatta ondan daha kuvvetli olur. Bu çocuk dinden dönme olmadan önce doğmuş gibi ikisine de mirasçı olur. Çocuk, Müslüman olan eşe tabi olarak Müslümandır. Dinden çıkan kimsenin Müslüman olan mirasçısı ise ona mirasçı olur. Mirasçı olma nedeni başlangıçta dinden çıkma ise de, nedenin tamamlanması ölümledir. Bundan dolayı neden gerçekleştiği zaman onu tamamlamak için meydana gelen şey, nedenin başlangıcında varmış gibi kabul edilir. Bu teslim alınmadan önce satılan câriyenin çocuğunun, bedelin paylaşımı konusunda akit sırasında doğmuş gibi kabul edilmesine kıyasla böyledir.

Dinden çıkan kimse, Ehl-i Kitaptan olan bir kadınla evlense, kadın doğum yapsa, çocuk ikisine de mirasçı olmaz. Çünkü bu çocuğun Müslüman olduğuna hükmedilmez. Ana-babasından hiçbirisi Müslüman değildir. Ana-babasının elinde olması ise onun bulunduğu ülkeye tabi olmasına engel olur. Bu çocuk, ana-babasından biriyle birlikte esir edilen çocuk gibidir. Dinden çıkan kimseye Müslüman olan mirasçısı mirasçı olur. Ehl-i Kitaptan olan kadına, İslâmdan çıkan (mürted) mirasçı olmaz. Bu çocuk da mürted hükmündedir. Mürted, İslamın hükümlerine daha yakındır. Bu nedenle babasına tabi kılınır.

Dinden çıkan kimsenin, yine dinden çıkan veya Ehl-i Kitaptan olan câriyesi ondan bir çocuk doğursa hüküm yine böyledir. Çünkü nesep, nesep dâvasında bulunmasıyla ondan sabit olsa bile, bu çocuk için Müslümanlık hükmü sabit olmaz. Câriye, Müslüman ise çocuk babasına mirasçı olur. Çünkü Müslümandır. Annesine tabidir.

Bir kimse ölse ve geride eşiyle ümmü veledini bıraksa, mirasçılar bu kadınlardan her birinin, ölenden falanca çocuğu doğurduğunu ikrar etseler; (ikrar eden) mirasçılar ölenin kızı ve erkek kardeşleri, ya da oğlu ve iki kızı ise çocuğun nesebi sabit olur. Çünkü onlar o kimse yaşarken onun aleyhine bu nesebe tanıklık etseler tanıklıkları tam bir delil oluştururdu. O öldükten sonra bunu ikrar ettikleri zaman da nesebi ispat konusunda onların sözleri tam bir delildir. Ancak o yaşarken

ortada inkar eden bir dâvalı vardır. Bundan dolayı tanıklık sözünün kullanılması (tanıklık ederim ki demeleri) gerekir. Öldükten sonra ise ortada inkar eden bir dâvalı olmadığı için tanıklık sözüne gerek yoktur. Diğer yandan o yaşarken sözü başkasını bağlayıcıdır. Başkasını bağlayıcı olan şey ise dinen tanıklıktır. Bundan dolayı tanıklık sözünün kullanılması gerekir. Öldükten sonra ise sözü bir açıdan başkasını, bir açıdan ise kendini bağlayıcıdır. Çünkü hak ettikleri mirasta onlara ortak olur. İki asıldan da benzerlik taşıyan şey, ikisinden de payını tam alır. Başkasını bağlayıcı olmaya benzediği için onda sayıyı koşul koyduk. Bu nedenle bir tek mirasçının sözüyle nesep sabit olmaz. Kendini bağlayıcı olmaya benzediği için de tanıklık sözünün kullanılması koşulunu düşürdük.

Müslüman olmayan eşlerle lanetleşme durumunda nesep

Bir mecûsi (ateşe tapan) annesiyle veya kızıyla, ya da kız kardeşiyle evlense, o ondan bir çocuk doğursa, ister o çocuğun nesebini iddia etsin, ister reddetsin, o çocuk onun oğludur. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.) göre bu evlilik onlar arasında geçerlidir. Bundan dolayı Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre böyle yapmakla o kimseden muhsan olma niteliği kalkmaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu nikah geçersizdir (fâsiddir). Geçersiz ve geçerli nikahla nesep sabit olur. Lânetleşme olmadan ortadan kalkmaz. Onlar arasında ise lanetleşme olmaz. Çünkü kâfir olan kadın muhsan değildir. Câriye ile evlenen köle veya ateşe tapan bir kadınla evlenen Müslüman da böyledir. Geçersiz olmasına rağmen bu nikahla nesep sabit olur. Sırf şüphe bulunması nesebin ispatı için yeterlidir. Nesep yalnızca lanetleşme yapılarak reddedilebilir. Bunlar arasında ise lanetleşme olmaz.

[17/134]

Kâfir karı-koca Müslüman olsa veya câriye özgür kılınsa, sonra bu kadınlardan birisi bir çocuk doğursa, koca o çocuğu reddetse, onunla liân yapar.[52] Çünkü kadın muhsan olduğu halde koca ona zina iftirasında bulunmuştur. O sırada ikisi de tanıklığa ehildirler. Bundan dolayı aralarında lanetleşme olabilir. Özgür olduklarından veya Müslüman olduklarından başlayarak altı aydan kısa bir süre içinde kadın çocuk doğursa, çocuğun babasından nesebi sabit olur. Biz döllenmenin onların lanetleşme yapmaya ehil olmadıkları bir zamanda gerçekleştiğini kesin olarak bildik. Bu nedenle nesep, reddedilmekle kalkmayacak bir şekilde sabit olur. Sonra bu, onların lanetleşmeye ehil olmasıyla değişmez.

---

[52] **Mülâane /الملاعنة (Liân /اللعان):** Sözlükte lanetleşmek anlamındadır. Şer'î ıstılahta; kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şahit getirememesi sonucunda karı ile kocanın, hakim huzurunda şer'î usulüne uygun olarak dörder defa şahadette bulunduktan sonra kendilerine lanet ve gazap okumalarıdır. Koca "zina isnadında doğru olduğuna, eğer yalancılardan ise AllahTeâlâ'nın lanetinin üzerine olmasını"; kadın da "kocasının kendisine zina isnadında yalancı olduğuna eğer doğru ise Allah Teâlâ'nın gazabının üzerine olmasını" yeminle ifade eder. (en-Nûr 24/6-9) Yapılan bu yeminler, koca hakkında hadd-i kazif, kadın hakkında da hadd-i zina yerine geçer ve hakim tarafından araları ayrılır.

Kadın, çocuğu Müslüman olduklarından altı aydan uzun bir süre geçtikten sonra doğursa, çocuğun nesebi annesine bağlı olur. Çünkü çocuğun annesi lanetleşme ehlinden olduktan sonra ana rahmine düşmesi olasılığı vardır.

Şöyle bir itiraz olabilir: Döllenmenin özgür olmadan ve Müslümanlıktan önce olduğu da düşünülebilir. Çünkü çocuk anne karnında iki yıl kalabilir.

Bu itiraza şöyle cevap veririz: Evet ama lanetleşme ile nesebin reddedilmesi karışıklık durumunda olur. Karışıklık ise nesebi reddetmeye engeldir. Çünkü nesebi reddetme nedeni lanetleşmedir. Bu ise gerçekleşmiştir. Engel ortada olmadığı sürece onunla uygulama yapmak gerekir. Diğer yandan aralarında cinsel yönden helallik devam etmektedir. Aralarındaki helallik devam ettiği sürece ise çocuğun ana rahmine düşmesi en yakın vakte dayandırılır.

Müslüman bir kimsenin Ehl-i Kitaptan olan bir eşi olsa, doğum yapsa, koca çocuğu reddetse, çocuk onun oğlu olur. Ona iftira cezası uygulanmaz, aralarında lanetleşme de yapılmaz. Çünkü kadın muhsan değildir. Çocuğun nesebi nikahla sabit olabilir. Yalnızca lanetleşme ile reddedilebilir.

Kadın, kocası kâfir iken Müslüman olsa, sonra kocası onun doğurduğu çocuğu reddetse, kocaya iftira cezası verilir. Çünkü kadın muhsandır. Kocası ona zina iftirasında bulunmuştur. Onlar arasında lanetleşme olmaz. Çünkü koca tanıklığa ehil değildir. Aralarında liân olması koca tarafından imkansız olunca ona had cezası uygulanır ve nesebin nedeni olan döllenme kesinlik kazandığı için nesebi kendinden reddedemez.

İkisi de Müslüman olsa, sonra koca karısını boşasa, sonra yeniden evlense, sonra kadın bir çocuk doğursa, koca onu reddetse, şöyle deriz: Bu mesele iki açıdan ele alınır. Birincisi nesebi ispat etmenin hükmüdür. Diğeri nesebi reddetmenin hükmüdür.

Nesebi ispat etmenin hükmü üç şekilde olur: kadın ikinci evlilikten başlayarak altı ay geçtikten sonra doğum yapmışsa, döllenmenin ikinci nikahta gerçekleşmesi ile nesep ondan sabit olur. Onu reddederse lanetleşme yapar ve çocuğun nesebi annesine bağlı olur. Çünkü döllenme sırasında ikisi de lanetleşme yapmaya ehildir.

İkinci evlilikten başlayarak altı aydan kısa bir sürede veya boşanmasının üzerinden iki yıl geçmeden doğum yapmışsa nesep ondan sabit olur. Çünkü döllenmenin boşamadan önce olması olasılığı vardır. Çocuğu reddederse kadınla lanetleşme yapar. Çocuğun nesebi babasına ait olur. Kesin ayrılığın döllenmeden sonra olması lanetleşme yaparak nesebi reddetmeye engel olur.

İkinci evlilikten başlayarak altı aydan sonra ve boşanmasının üzerinden iki yıl ve daha uzun bir süre geçtikten sonra doğum yapmışsa, nesep ondan sabit olmaz. Çünkü döllenme boşamadan sonra ve ikinci evlilikten önce olmuştur. Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre ikinci nikah geçerlidir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un burada [17/135]

görüş ayrılığı vardır. Bu *el-Camiu's-sağir*'deki şu meselenin bir dalıdır: Zinadan gebe kalmak Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre evliliğe engel olmaz. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise engel olur.

Ümmü veledi efendisi özgür kılsa, kadın iddetinin bittiğini ikrar etmeden önce onunla evlense, burada da üç durum söz konusudur. Nitekim bunu açıkladık.

Bir kimsenin eşi bir erkek çocuk, câriyesi de bir erkek çocuk doğursa, sonra ikisi de ölse, o kimse "Bunlardan birisi benim oğlumdur" dese, onlardan hiçbirinin nesebi ondan sabit olmaz. Çünkü bilinmeyen bir kimsede nesep ispat etmek mümkün değildir. Asıl kastedilen şey çocuğun birine bağlanmak suretiyle onur kazanmasıdır. Bu ise bilinmeyen çocuk hakkında gerçekleşmez. Diğer yandan o, sözünde doğrudur. Çünkü çocuklardan biri onun oğludur. O da eşinin doğurduğu çocuktur. O çocuk belli olmayınca onlardan hiçbirin nesebi sabit olmaz. İkisi de özgür olur. Değerlerinin yarısı için çalışırlar. Çünkü onlardan biri özgürdür. Karışıklık durumunda biri diğerinden daha öncelikli değildir. Bundan dolayı ikisinin de yarısı özgür olur. Muhammed (rh.a.)'in "Onlardan birisi özgürdür" sözünün anlamı şudur: Evli olan kadının çocuğu özgürdür. Câriyenin çocuğu ise özgür olmaz. Ancak efendi bizzat onun nesebini iddia ederse o zaman özgür olur. Bu ise olmamıştır.

Aynı bir kimsenin iki kölesi olsa ve "Bunlardan biri benim oğlumdur" veya "Bu benim oğlumdur, ya da bu" dese, belirsizlikten dolayı ikisinin nesebi de ondan sabit olmaz. Fakat onlardan ikisi de özgür olur. Çünkü nesep dâvası çocuğun özgür olduğunu ikrar etmektir. Bilinmeyen bir kimsenin özgür olduğunu ikrar etmek ise geçerlidir. Bundan dolayı açıklama olmadığı zaman özgür olma hükmü ikisini de kapsar. Allah daha iyi bilir.

CARİYE OLAN EŞTEN VE DİĞER KADINLARDAN OLAN ÇOCUĞUN NESEBİNİ REDDETME

Bir kimsenin evli olduğu câriyenin doğurduğu çocuğu reddetmesi

Bir kimse bir câriye ile evli olsa ve câriye özgür kılındıktan altı ay sonra çocuk doğursa ve kocası onu reddetse, fakat lanetleşme yapmasa ve kadın kendini seçse[53] çocuğun nesebi o kimseye bağlı olur. Had cezası verilmez. Lanetleşme olmaz.

Çünkü çocuğun nesebi, ondan firâş (cinsel ilişkide bulunma/evlilik) hakkı ile sabit olmuştur. Bu nedenle yalnızca lanetleşme yoluyla reddedilebilir. Câriye de özgür olup kendini seçerek kocasından ayrılmıştır. Bundan dolayı kesin ayrılıktan

[53] Efendisi tarafından evlendirilen bir câriyenin, özgür kılındıktan sonra evliliği sürdürme veya kocasından ayrılma (kendisini seçme) yollarından birisini seçme hakkı vardır. Buna hıyarı ıtk (özgürlük muhayyerliği) denilir.

sonra aralarında lanetleşme olmaz. Nitekim bir kimse zina iftirasında (kazifte) bulunduktan sonra eşini bâin talakla boşasa hüküm böyledir. Lanetleşme ile kastedilen aralarında anlaşmazlık nedeni olan nikahı sona erdirmektir. Bu ise zaten sona ermiştir. Ona had cezası da verilmez. Ona zina iftirasında bulunması, ikisi de iftira sırasında lanetleşme yapmaya ehil oldukları için, lanetleşmeyi gerektiriyordu. Bu ise haddi gerektirmez. Çünkü onlar bir zina iftirası suçunda birleşmiyorlar.

Bir kimse câriye olan eşini satın alsa, o kadın altı aydan daha kısa bir süre içinde çocuk doğursa; koca çocuğun nesebini reddetse, çocuğun nesebi ona bağlanır.

Çünkü onun ana rahmine düşmesinin o nikahtan doğan firâş hakkı ile meydana geldiğini kesin olarak biliyoruz. Bundan dolayı çocuğun nesebi, reddedilmekle kalkmayacak bir şekilde ona bağlanmış, satın almak suretiyle aralarındaki nikah bağının kalkması, gerdekten önce boşamakla kalkması gibi olmuştur. Boşama durumunda kadın altı aydan kısa bir süre içinde çocuk doğursa, çocuğun nesebi kocasına bağlanır. Burada da böyledir. Kadın çocuğu altı ay veya daha uzun bir süre içinde doğursa, koca onu reddedebilir. Bu, ümmü veled hükmündedir. İkrar etmediği sürece onu reddedebilir.

Muhammed (rh.a.) bundan bir kaç satır sonra, "Koca ikrar etmediği sürece nesebi ondan sabit olmaz" demiştir. Bunun dayanağı daha sonra söylediği şu gerekçedir: Satın almakla nikah iddetsiz olarak kalkmıştır. Çünkü iddet nikah haklarından bir haktır. Kölelik nikahın aslına zıt olduğu gibi haklarına da zıttır. Dolayısıyla bu, gerdekten önce boşamak suretiyle ayrılık gibi olmuştur. Kadın çocuğu yeni bir döllenmeden olduğu düşünülecek bir süre sonra doğurmuştur. Bundan dolayı nesebi ondan sabit olmaz. **[17/136]**

Muhammed (rh.a.) *el-Asl*'da bu meselenin temel nedeni şöyle açıklamıştır: Çünkü o, bir câriyedir. Cinsel organı mülkiyetle helal olur. Cinsel organının mülkiyetle helal olması ise nikah hakkı ile birleşmez. Buradan onun iddet beklemesinin gerekmeyeceği anlaşılmıştır. O, nikahla kendisiyle cinsel ilişkiye girilmemiş gibi olmuştur. Câriyenin çocuğunun nesebinin efendiden sabit olması ise, ancak onun nesebini iddia etmesi ile olur.

Bu rivayetin dayanağı ise şöyledir: Câriye onun cinsel ilişkide bulunabileceği bir kadın (firâşı) idi. Kölelik firâşa engel değildir. Dolayısıyla satın aldıktan sonra kölelik mülkiyetiyle cinsel ilişki kuracak kadar bir firâş hakkı kalır. Çünkü burada hakkın kalkması, ona aykırı olan şey iledir. Bu nedenle aykırı olan şey oranında kalkma olur. Kölelik mülkiyeti ise sadece nesebi sabit ve bağlayıcı kılan firâşa aykırıdır. Ümmü veled mülkiyet konusudur. Efendinin onun üzerinde, reddetmemesi durumunda, nesebi sabit kılan firâş hakkı vardır. Bu nedenle efendinin bu miktarda firâş hakkı devam eder.

Kendisiyle ilişki kurduğu câriyeyi satın aldıktan sonra özgür kılsa, câriye satın almasından başlayarak iki yıl içerisinde çocuk doğursa, nesebi efendiye bağlı olur. Nesebi reddederse had cezası verilir. Bu, Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşüdür. Muhammed (rh.a.)'in görüşü de böyledir: Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşünü göre ise, efendi, satın aldıktan sonra câriye altı ay içinde doğum yaparsa hüküm böyledir. Altı aydan daha sonra doğum yaparsa, nesebi iddia etmedikçe, nesep sabit olmaz. İddia ederse câriye onu yalanlasa bile sabit olur.

Adama had cezasının gerekmesinin nedeni, câriye muhsan iken zina iftirasında bulunduğu içindir.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün dayanağı ise şöyledir: Nikah, cinsel ilişki kurduktan sonra satın almakla ortadan kalkmıştır. Bundan dolayı iddeti gerektirir. Ancak bu iddet efendi hakkında açık değildir. Çünkü câriye mülkiyet ile ona helal olur. Başkası hakkında ise açıktır. Bu nedenle efendi onu başkasıyla evlendirmek istese câiz olmaz. Onu özgür kılınca, iddetin kendi hakkında açıklık engeli ortadan kalkar. İddet onun hakkında da açık olur. İddet bekleyen kadın, iddetin bittiğini ikrar etmeden iki yıl içinde çocuk doğursa, nesep sabit olur. Diğer yandan daha önce açıkladığımız üzere, efendinin ümmü veledi üzerinde sabit olan firâş hakkı, satın aldıktan sonra da devam eder. Özgür kılmakla bu hak ortadan kalkmıştır. Özgür olmakla firâş hakkının ortadan kalkması ise iddeti gerektirir. Nitekim ümmü veled hakkında da böyledir. Bu düşünce tarzına göre câriye özgür olmasından başlayarak iki yıl içinde doğum yapınca nesebin sabit olması gerekirdi. Nitekim ümmü veled hakkında böyledir. Fakat bu firâş hakkı mülkiyette gerçekleşen cinsel birleşmenin değil, nikahta gerçekleşen cinsel birleşmenin sonucudur. Bundan dolayı nikahtan doğan firâş hakkının son bulması için iki yılı esas aldık.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşünün dayanağı ise şöyledir: Nikah satın alma ile iddetsiz olarak son bulmuştur. Çünkü açıkladığımız üzere köle mülkiyeti, nikahtan doğan haklara aykırıdır.

[17/137] Görmez misin özgür olmadan önce altı aydan daha çok bir süre içinde çocuk doğursa, nesebi efendiye bağlı olmaz. Özgür olduktan sonra da bağlı olmamalıdır. Çünkü özgür olmakla efendisinin câriyesi olmaktan uzaklaşması artmıştır. Bundan dolayı efendi onun nesebini iddia ederse, câriye yalanlasa bile, nesep ondan sabit olur. Bu miktar özgür olmadan önce sabit idi. Özgür olduktan sonra da devam eder. Satın aldıktan sonra efendinin firâş hakkının devam ettiği iddiası pek kuvvetli değildir. Çünkü firâş hakkının bir nedeni olmalıdır. Cinsel birleşme olmadan mülkiyet firâş hakkını gerektirmez. Cinsel birleşme olduktan sonra da efendi, çocuğun nesebini iddia etmedikçe böyle olmalıdır. Nikahla cinsel ilişki hakkı nikahtan doğan haklardandır. Bundan dolayı câriyeyi satın aldıktan sonra, onunla cinsel ilişkiye girmemiş bile olsa, bu hak devam etmez.

Efendi, câriyeyi satın aldıktan sonra câriye altı aydan kısa bir süre içinde doğum yapsa, çocuk onun oğlu olur. Çünkü kadının gebe kalmasının onun nikahında iken gerçekleştiğini kesin olarak bildik. Çocuğu reddederse had cezası verilir. Câriye özgür kılındıktan sonra muhsan olmuştur.

Câriye, satın aldıktan altı aydan daha uzun bir süre içinde doğum yapsa, çocuğun nesebi efendiye bağlı olmaz. Çünkü nikah kalktıktan sonra çocuğun yeni bir döllenmeden olma olasılığı vardır. Bu ve zifaftan önce boşama aynıdır. Efendi onu reddederse had cezası verilmez. Sözünde doğrudur. Diğer yandan câriyenin kucağında, babası bilinmeyen bir çocuk vardır. Onun için muhsan değildir.

Efendi, câriyeyi alınca özgür kılmayıp satsa, evli iken onunla gerdeğe girmiş idiyse, onu satın almasından başlayarak altı aydan kısa bir süre içinde câriye doğum yaparsa, çocuk efendiye aittir. Satım akdi geçersiz olur. Çünkü bu durumda döllenmenin evli iken olduğunu ve satın alınca câriyenin onun ümmü veledi olduğunu kesin olarak bildik. Câriyenin karnında nesebi efendiden sabit olan bir çocuk vardır. O ümmü veledini satmıştır. Ümmü veledin satılması ise geçersizdir.

Câriye, efendinin satın almasından başlayarak altı aydan daha uzun bir süre içinde, satmasından başlayarak da altı aydan daha az bir süre içinde doğum yaparsa, efendi iddia ederse, çocuğun nesebi ondan sabit olur. Satım akdi yine geçersiz olur. Çünkü öncesinde bir nikah olmamış bile olsa, bu nesep onun nesep iddiasında bulunması ile sabit olur. Öncesinde bir nikah bulunması durumunda nesep öncelikle sabit olur.

Efendinin satın almasından başlayarak iki yıldan az, satmasından başlayarak altı aydan daha uzun bir sürede doğum yapsa, Muhammed (rh.a.)'e göre hüküm yine böyledir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre nesep ondan sabit olmaz. Satım akdi geçersiz olmaz. Bu, birinci duruma dayalı olarak böyledir. Çünkü efendinin câriyeyi satmakla mülkiyetinin sona ermesi özgür kılmakla mülkiyetinin sona ermesi gibidir. Birinci meselede açıklamıştık ki Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, câriye altı aydan daha uzun bir sürede çocuk doğurduğu zaman, nesep efendiden sabit olmaz. Bu meselede de böyledir. Ancak önceki meselede câriye üzerinde başkasının hakkı sabit olmamıştır. Efendi iddia ettiği zaman nesep ondan sabit olur. Bu meselede ise câriye üzerinde başkasının yani ikinci alıcının hakkı sabit olmuştur. Dolayısıyla iddia etse bile nesep ondan sabit olmaz. Çünkü nesebin sabit olması satım akdini iptal eder. Satım akdini iptal etme konusunda ise onun sözü kabul edilmez.

Muhammed (rh.a.)'in görüşüne göre önceki meselede nesebin ondan sabit olma hükmü, câriyenin özgür olmasıyla mülkiyet ortadan kalkmış olsa bile, iki yıla kadar devam eder. Çünkü açıkladığımız üzere onun hakkında iddet ortaya çıkmıştır. Bu meselede de böyledir. Nesebin sabit olma hükmü, satmakla mülkiyet

ortadan kalksa bile, iki yıla kadar devam eder. Nesep ondan sabit olunca da zorunlu olarak satım akdi geçersiz olur. Onun ümmü veledini sattığı ortaya çıkmıştır. Ancak Muhammed (rh.a.) bu meselede efendinin nesep dâvasında bulunmasını koşul koymaktadır. Çünkü câriyeyi satmaya kalkışması nesebi kabul etmediğini gösterir. Satın aldıktan sonra geriye kalan ilişki kurma hakkı, reddetmekle ortadan kalkacak şekilde nesebi sabit kılar. Bundan dolayı nesebi reddetme hükmünün delili ortadan kalksın diye, nesep iddiasında bulunmak gerekir. Câriyenin özgür olmasında ise böyle değildir. Çünkü özgür kılma nesebi reddetmeyi göstermez. İkinci alıcı çocuğu özgür kılsa, sonra birinci alıcı onun nesebini iddia etse, câriye birinci alıcının satın almasından başlayarak altı aydan daha az bir süre içinde doğum yapmışsa, alıcının satması ve özgür kılması geçersiz olur. Çünkü onun ümmü veledini sattığını ve çocuğun satılmadan önce özgür olduğunu kesin olarak bildik.

[17/138]

Câriye, çocuğu birinci satım akdinden sonra altı ay ve daha uzun bir süre içinde doğurmuşsa birinci alıcının, ikinci alıcının özgür kılmasından sonraki nesep dâvası geçerli olmaz. Daha önce açıkladık ki alıcının çocuğu özgür kılması, satıcının nesep dâvasının geçerliliğine engel olur. İkinci alıcı, çocuğu değil de annesini özgür kılmışsa, annenin özgür kılınması satıcının çocuk hakkındaki nesep dâvasının geçerliliğine engel olmaz. Dolayısıyla daha önce açıkladığımız görüş ayrılığına dayalı olarak bu ve câriyeyi özgür kılmaması çocuk hakkında birdir.

Bir kimse ümmü veledini özgür kılsa, sonra onunla evlense, altı ay ve daha uzun sürede bir çocuk doğursa, adam nesebi reddederse, onunla lanetleşme yapar. Çocuk annesine bağlı kalır. Çünkü câriye o çocuğu nikahtan sonraki bir döllenmeden doğurmuştur. Aralarındaki helallik devam etmektedir. Dolayısıyla döllenme o ana en yakın olan zamana dayandırılır. Onlar ise şu anda lanetleşme yapmaya ehildir. Bundan dolayı lanetleşme yaparak nesebi reddeder.

Evlenmesinden başlayarak altı aydan kısa bir süre içinde doğum yaparsa, lanetleşme yapar. Çocuğun nesebi babasına bağlı olur. Lanetleşme yapmaları, onlar şu anda lanetleşme yapmaya ehil oldukları içindir. Nesebin sabit olması ise, döllenmenin nikahtan önce gerçekleştiğini kesin olarak bildiğimiz içindir. Dolayısıyla lanetleşme yaparak nesebi reddetmek mümkün değildir.

Bu meselenin yorumu şöyledir: Câriyenin özgür kılınmasından başlayarak iki yıldan az bir süre içinde doğum olmuşsa, evliliğin iddete dönüşmesi itibarıyla, nesep efendiden sabit olur.

Bir kimse özgür kocası olan câriyesini özgür kılsa, câriye bunu izleyen altı ay sonra doğum yapsa ve kocası çocuğun nesebini reddetse lanetleşme yapar. Çocuk annesine bağlı kalır. Altı aydan daha az bir süre içinde doğurursa, kocası nesebi reddederse lanetleşme yapar. Çocuğun nesebi babasına bağlı olur. Çünkü çocuk ana rahmine düştüğü sırada onlar lanetleşme yapmaya ehil değildiler. Her iki

durumda da çocuğun velâ hakkı annenin efendisine aittir. Altı aydan daha uzun bir sürede doğum yapması durumunda çocuğun nesebi yoktur. O da annenin efendisine ait olur. Altı aydan daha az bir sürede doğum yapması durumunda ise çocuğun özgür kılınması kastedilmiştir. Çünkü anne özgür kılındığı zaman çocuğun onun karnında olduğuna hükmettik.

Bir kimse câriye olan eşini bâin bir talakla boşasa, sonra kadın çocuğuyla özgür kılınsa, boşamadan başlayarak iki yıla kadar doğum yaparsa, nesep kocasından sabit olur. Reddetmesiyle kalkmaz. Adama had cezası verilir. Çünkü kadın muhsan iken ona zina iftirasında bulunmuştur. Döllenmenin nikah nedeniyle olması olasılığı olduğu için çocuğun nesebi sabit olur. Kadın iddetinin bittiğini ikrar etmemiştir. Çocuğun velâ hakkı annenin efendilerine aittir. Anne özgür kılındığı zaman çocuğun onun karnında olduğuna hükmettik. Dolayısıyla çocuğun özgür kılınması doğrudan kastedilmiş olur.

Baba ölse ve câriye olan kadın iki yıl içinde doğum yapsa, kocasının ölümünden bir gün sonra özgür kılınmış olsa, çocuğun nesebi sabit olur. Velâ hakkı, annesinin efendilerine ait olur. Çünkü nikahın ölümle veya bâin boşama ile kalkması arasında fark yoktur. Her iki durumda da nikahtan sonra iddet gelir.

Bir kimse doğum yapmış olan eşini satın alsa, onu özgür kılsa, onunla yeniden evlense, sonra evlenmesinden başlayarak altı ay içinde kadın tekrar doğum yapsa, ve kocası çocuğun nesebini reddetse, onunla lanetleşme yapar. Çocuk annesine bağlı kalır. İkinci evliliğinden başlayarak altı aydan daha kısa bir süre içinde veya satın almasından başlayarak altı aydan daha uzun bir süre içinde doğum yapsa, kocası, çocuğun nesebini reddetse, onunla lanetleşir. Çocuğun nesebi babasına ait olur. Çünkü câriye, satım alınmakla onun ümmü veledi olmuştur. Özgür kılınmakla da muhsan olmuştur. Çocuğu ikinci nikahtan başlayarak altı aydan daha az bir süre içinde doğurunca döllenmenin bu nikahtan daha önce olduğunu anlarız. Dolayısıyla lanetleşmekle nesep ortadan kalkmaz. Fakat şu anda câriye muhsan olduğu için aralarında lanetleşme yapılır. Kadınla ikinci kere evlenmemiş olsa özgür kılınmasından başlayarak iki yıla kadar çocuğun nesebi ona ait olur. Çünkü câriye iddet beklemektedir. Nesebi reddederse had cezası verilir. Muhsan olduğu halde ona zina iftirasında bulunmuştur. [17/139]

Bu câriye kitâbî (Hıristiyan veya Yahudi) olsa nesep hükmü yine açıkladığımız gibidir. Fakat nesebi reddetmesiyle kocaya had cezası verilmez. Çünkü kadın muhsan değildir. Kadın çocuğun ondan olmadığı konusunda kocasını doğrulasa bile çocuk hakkında doğrulanmazlar. Çünkü nesep çocuğun hakkıdır. O konuda o kullanımda bulunur. Bundan dolayı onun hakkını iptal etmek konusunda doğrulanmazlar.

Bir kimse geride ümmü veledini bırakarak ölse, ümmü veledi onun ölümünden sonra iki yıl içinde doğum yapsa, mirasçılar, çocuğun nesebini

reddetseler, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre nesep ölen kimseden sabit olmaz. İki kişi tanıklık etmediği sürece çocuk sırf ebenin tanıklığı ile mirasçı olmaz. Çünkü ortada açık bir gebelik ve firâş hakkı (evlilik veya câriyelik) yoktur. Ancak efendi (ölmeden önce) onun kendinden gebe olduğunu ikrar etmişse, o zaman ebenin tanıklığı ile nesep ondan sabit olur. Mirasçılar çocuğu ikrar ederlerse, onların ikrarı, ölenin ikrarı gibidir. Onlar ölenin yerine geçmişlerdir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'den rivayet edildiğine göre ise, bütün bu durumlarda ebenin tanıklığı ile nesep ondan sabit olur. Bu görüş ayrılığını kocanın ölümünden sonra evli kadın hakkında açıklamıştık. Ümmü veled hakkındaki hüküm de böyledir.

Efendi gayri müslim ise kitabî olan kadının bu konudaki tanıklığı kabul edilir. Müslüman ise yalnızca Müslüman kadının tanıklığı kabul edilir. Çünkü bu tanıklık Müslümanın hakkında yapılmaktadır. Nesep ona bağlanır. Bu nedenle Müslüman hakkındaki tanıklık koşullarına riayet edilir.

SATICININ VE BAŞKASININ NESEP DÂVASI

Bir kimse çocuğuyla beraber bir câriyeyi satın alsa veya câriyeyi gebe olarak satın alsa, sonra da satsa, sonra sattığı kimseden veya başkasından yeniden satın alsa, çocuğunu iddia etse, iddia ettiği gün çocuk onun mülkünde ise nesep dâvası geçerli olur.

Çünkü mülkünde olan bir çocuğun nesebini nesebe ihtiyaç duyduğu bir zamanda iddia etmiştir. Onun ve annesi hakkında yapılan satım sözleşmelerinden hiçbirisi de bozulamaz. Çocuğun ana rahmine düşmesi onun mülkünde iken olmamıştır. Bundan dolayı nesep dâvası, çocuğu özgür kılmak gibi özgürlüğüne kavuşturma dâvası olmuştur. Onu özgür kılacak olsa daha önceki akitlerin hiçbiri bozulamayacaktı. Burada da böyledir. Gebelik kendi mülkünde iken gerçekleşmiş ise bütün akitler geçersiz olur. Çünkü dâvası çocuk doğurma dâvasıdır. Döllenme vaktine kadar dayanır. Dolayısıyla yapılan bütün alış verişlerin ümmü veledi hakkında olduğu ortaya çıkar ve geçersiz olur.

Bir kimse başkasının mülkünde doğmuş olan ikiz iki köle satın alsa, onlardan birini satsa, sonra neseplerini iddia etse, nesepleri ondan sabit olur. Çünkü onlardan biri halen onun mülkündedir. Dolayısıyla nesep dâvası onun hakkında geçerli olur. Onlardan birinin nesebinin sabit olması ise diğerinin de nesebinin sabit olmasını gerektirir. Onlar ikizdir. Fakat diğeri hakkındaki satım akdi bozulmaz.

[17/140] Özgürlüğe kavuşturma dâvası, özgür kılmak gibidir. Kölelerden biri de özgür kılma konusunda diğerinden ayrılabilir.

Alıcı onların nesebini iddia etse, aynı şekilde nesepleri ondan sabit olur. Çünkü nesep dâvasında bulunduğu sırada satın almış olduğu çocuk üzerinde mülkiyeti devam etmektedir. Satıcının elinde olan çocuk onun kölesi olarak kalır.

Bir kimse bir köleyi, babası da o kölenin ikizi olan erkek kardeşini satın alsa, baba oğuldan biri elindeki kölenin nesebini iddia etse, ikisinin de nesebi ondan sabit olur. Çünkü onlardan biri onun mülkündedir. Dolayısıyla onun hakkındaki nesep dâvası geçerli olur. Onlardan birinin nesebinin sabit olmasıyla da diğerinin nesebi zorunlu olarak sabit olur. Diğerinin elindeki köle özgür olur. İddia eden baba ise oğul, kendi kardeşine sahip olmuştur. İddia eden oğul ise baba, oğlunun oğluna sahip olmuştur. Akrabalık dolayısıyla onun rızası aranmadan, elindeki köle özgür olur. Birinin diğerine karşı ödeme yükümlülüğü olmaz. Çünkü onun özgür olması yalnızca onun üzerinde kastedilen bir nedenle olmuştur. Diğerinin hakkını almış değildir.

Bir kimsenin üç gün muhayyer olmak koşuluyla satın aldığı câriye, onun yanında iken üç gün içinde doğum yapsa, alıcı o çocuğu iddia etse, nesep dâvası geçerli olur. Çünkü o câriye üzerinde daha çok hak sahibi olmuştur. Nitekim onu ve çocuğunu özgür kılması geçerlidir. Aynı şekilde nesep dâvasında bulunmakla çocuğun nesebi ondan sabit olur. Muhayyerliği düşer. Çocuk özgür olmuş ve câriye onun ümmü veledi olmuştur. Dolayısıyla muhayyerlik hükmüyle câriyenin geri verilme imkânı kalmamıştır. Bu nedenle muhayyerliği düşmüştür. Nitekim özgür kılmasında da durum böyledir.

Muhayyerlik satıcıya ait olup alıcı çocuğu iddia etse, satıcının muhayyerliği devam eder. Çünkü muhayyerliği süresinde câriye onun mülkünde kalır. Satışa onay verirse, nesebi alıcıdan sabit olur. Nitekim satıcı onay verdikten sonra alıcı nesep dâvasını yenilerse hüküm böyledir. Satıcı satım akdini bozarsa alıcının nesep dâvası geçersiz olur. Çünkü o câriyeye ve çocuğuna sahip olmamıştır. Özgürlüğe kavuşturma dâvası ise özgür kılma gibidir.

Şöyle bir itiraz olabilir: Alıcı câriyeyi özgür kılsa sonra satıcı satım akdini onaylasa, özgür kılması geçerli olmaz mı? O zaman neden özgürlüğe kavuşturma dâvası özgür kılma gibi sayılmıyor?

Bu itiraza şöyle cevap veririz: O, özgür kılma kullanımını bizzat gerçekleştirmektir. Konusunda neden kesinleşmediği için özgür kılma geçersiz olunca, yeni doğacak bir mülkiyet dikkate alınarak geçerli olmaz. Bu ise özgür kılmayı ikrar etmektir. Dolayısıyla konuda (câriyede) mülkiyetin olup olmadığına bağlıdır. Bu şuna benzer: Bir kimse birinin kölesinin özgür olduğunu ikrar etse, sonra o kimse diğerinden muhayyer olarak ve hangisini isterse onu bin dirheme almak üzere iki câriye satın alsa, câriyeler onun yanında doğum yapsalar, o, iki çocuğun da kendinden olduğunu ikrar etse, ikrarı çocuklardan biri hakkında geçerlidir. O da satım akdinin kapsamına giren çocuktur. Çünkü alıcının muhayyer

olması nesep dâvasının geçerliliğine engel olmaz. Fakat muhayyerlik satım akdi ile onlardan belli olmayan birini kapsamıştır. Bu da alıcının muhayyerliğini kullanmasıyla ortaya çıkar. Nesep dâvasında bulunduktan sonra açıklama yapması emredilir. Ancak doğurmadan önce câriyeyi geri verebilirdi. Şimdi ise ümmü veledlik sabit olduğu için satın aldığı câriyeyi geri veremez. Câriyelerden hangisinin ümmü veled olmaya daha çok hakkı olduğu ortaya çıkmadan alıcı ölürse, açıklama görevi mirasçılara geçer. Çünkü onlar, onun yerine geçmişler, onun ölümüyle onun bıraktığı maldan bir ümmü veled onların mülkiyetine geçmiştir. Bundan dolayı onun kim olduğunu açıklamak onlara aittir. Onlar "Hangisi olduğunu bilmiyoruz" derlerse câriyelerin ve çocuklarının yarısı özgür olur. Onlar ve çocukları değerlerinin yarısını satıcıya ödemek için çalışırlar. Çocuklardan biri özgür olmaya, câriyelerden biri ümmü veled olmaya diğerinden daha çok hak sahibi değildir ki
[17/141] muhayyerlik onlar hakkında geçerli olsun. Mirasçılar da onlardan her birinin bedelinin yarısını terekeden öderler. Mirasçılar onlardan hangisinin daha önce olduğunda anlaşmazlığa düşerse mirasçılardan ilk konuşanın sözü kabul edilir. Çünkü mirasçılardan her biri haleflik nedeninin tamamlanması için miras bırakanın yerine geçmiştir. Onlardan biri ilk olarak "Alıcının yanında ilk doğuran câriye budur" dese, o câriye ümmü veledlik için belirginleşir. Değerinin terekeden ödenmesi gerekir. Diğerinin de geri verilmesi belirginleşir. Çocuğuyla birlikte satıcıya geri verilir. Bu konuda Kurve b. Umeyr'in rivayet ettiği hadis delil olarak kullanılmıştır. O şöyle demiştir: Babam Keysan adındaki kölesini bir câriyesi ile evlendirdi. Câriye çocuk doğurdu. Babam onun nesebini iddia etti. Sonra babam öldü. Osman (r.a.) bana "Babamı hac mevsiminde yanına götürmemi" yazdı. Ben de ona "Babam öldü" diye yazdım. "Bana onun oğlunu gönderin" diye yazdı. Çocuk ona götürüldü. O da "Keysan'ın oğlu ne diyor" dedi. Câriye babamın onun nesebini iddia ettiğini söyledi. O doğru söylediyse doğru söylemiştir. Yalan söylediyse yalan söylemiştir" dedi. Bunun üzerine Osman (r.a.) "Başka bir şey söyleseydin senin canını yakardım" dedi, nesep dâvası nedeniyle çocuğu özgür kıldı. Firâş (nikah) hakkına dayanarak çocuğun kölenin oğlu olduğuna hükmetti. Rivayet Ebû Yusuf (rh.a.)'un bildiği kadarıyla böyledir.

Ebû Yusuf (rh.a.), mirasçılardan birinin babasının nesep dâvasında bulunduğunu ikrar etmesinin, babanın ikrar etmesi gibi olduğunu açıklamak için, bu hadisi delil getirmiştir. Mirasçılardan birinin belirlemesi de miras bırakanın bizzat belirlemesi gibidir.

Mükâtep, bir köle satın alsa ve efendisi onu iddia etse, nesep dâvası geçerli olmaz. Çünkü özgürlüğe kavuşturma dâvası özgür kılma gibidir. Efendi ise mükâtebinin kazandığı şeyi özgür kılma yetkisine sahip değildir. Bundan dolayı nesep dâvası geçerli olmaz. Aynı şekilde oğul bir köle satın alsa babanın nesep dâvası geçerli olmaz.

Bir kimse câriyesini kölesi ile tanıklar huzurunda evlendirse, câriye altı ay sonra bir çocuk doğursa, çocuk kocanın olur.

Çünkü câriye çocuğu onun nikahında iken doğurmuştur. Koca onun nesebini reddetse nesep ondan uzaklaşmaz. Çünkü nesep o nikahlı iken sabit olunca, ancak lanetleşme yoluyla kaldırılabilir. Köleler arasında ise lanetleşme olmaz. Câriye çocuğu altı aydan daha az bir süre içinde doğursa, çocuğun nesebi kocadan sabit olmaz. Döllenmenin nikahtan daha önce olduğu kesin olarak anlaşılmıştır. Efendinin nesep dâvası, çocuğun ana rahmine düşmesi zamanına kadar uzanmış onun, câriye ile karnında nesebi efendiden sabit bir çocuk varken evlendiği ortaya çıkmış, evlilik geçersiz olmuştur.

Efendi, câriyesini başkasının kölesi ile efendisinin izni ile evlendirse veya özgür bir kimse ile evlendirse, câriye altı ay veya daha uzun bir sürede çocuk doğursa, efendi onu iddia etse, koca ister doğrulasın, ister yalanlasın çocuk kocanın oğludur.

Çünkü câriye onun nikahında iken gebe kalmıştır. Fakat efendi, çocuğun kendi oğlu olduğunu ikrar ettiği için nesep sabit olmasa da çocuk özgür olur. Annesi ümmü veled hükmünde olur. Çünkü efendi, çocuğun gerçekten özgür olduğunu ikrar ettiği gibi, annesinin de özgürlük hakkı olduğunu ikrar etmiştir.

Efendi, câriyeyi evlendirse, sonra satsa, sonra câriye nikahtan altı ay sonra ve satmasından itibaren altı aydan kısa süre içinde bir çocuk doğursa, satıcı veya alıcı onu iddia etse, nesep o kadınla cinsel ilişkide bulunma hakkına sahip olandan sabit olduğu için, onlar bu konuda doğrulanmazlar. Satım akdi geçersiz olmaz. Çünkü nesep dâvası, nesebi ispat etme konusunda etkili olmayınca, özgür kılmayı ikrar etmek gibi olur. Satıcının sattıktan sonra özgür kıldığını ikrar etmesi ise satım akdini iptal etme konusunda kabul edilmez.

Geçersiz nikahtan sonra gerdek olmuşsa bunun, nesep konusunda geçerli nikah gibi olması

Bir kimsenin câriyesi efendinin izni olmadan biriyle evlense, altı ay sonra doğum yapsa, efendi ile koca, çocuğun nesebini iddia etse, nesep kocadan sabit olur. Çünkü geçersiz nikah gerdek gerçekleşince nesep konusunda geçerli nikah gibidir. Nasıl ki geçerli nikahta nesep efendiden değil, kocadan sabit oluyorsa geçersiz nikahta da böyledir.

[17/142]

Nitekim nikah geçersiz olsun, geçerli olsun nesep, nikaha dayalı ilişki ile yalnızca reddetmekle kalkmayacak şekilde sabit olur. Kölelik mülkiyeti ise böyle değildir. Fakat çocuk, efendinin nesep dâvasında bulunması ile özgür olur. Çünkü o, çocuğun özgür olduğunu ikrar etmiştir. Aynı şekilde bir kimsenin ümmü veledi izni olmadan biriyle evlense, onunla gerdeğe girse, altı ay ve daha uzun bir süre içinde doğum yapsa, ikisi de çocuğun nesebini iddia etse veya reddetseler veya biri reddedip diğeri iddia etse çocuk her halükarda kocanın oğludur. Çünkü nikah yatağı geçersiz ise de açıkladığımız üzere mülkiyet yatağından daha kuvvetlidir.

Yine bir kimsenin câriyesi izni olmadan oğluyla evlense, câriye doğum yapsa, koca ile efendi onu iddia etse, çocuk kocanın oğludur. Çünkü onun câriye üzerinde nikahtan doğan yatak hakkı vardır. Bu nesebi ispat etme konusunda mülkiyetten doğan yatak hakkından daha kuvvetlidir.

Allah daha iyi bilir.

CARİYELERDEN BİRİNİN KENDİNE AİT OLDUĞUNU İDDİA ETME

Üç ayrı doğumla üç çocuk dünyaya getiren bir câriyenin bu çocuklarının nesebi bilinmese, câriyenin efendisi, sağlıklı olduğu bir sırada "bu çocuklardan biri benimdir" dese, sonra da bunlardan birinin nesebi sabit olmadan ölse, çocuklardan hiçbirinin nesebi ona ait olmaz.

Çünkü nesebi iddia edilen çocuk bilinmemektedir. Bilinmeyen kişinin nesebini herhangi bir kişi lehine ispat etmek mümkün değildir. Bilinmeyen şeyde ancak koşula bağlanması mümkün olan durumlar sabit olur. Böylece daha sonra yapılan açıklama ile bilinmezlik ortadan kalkar. Oysa nesep, koşula bağlanmaya uygun değildir. Dolayısıyla bilinmeyen çocuğun nesebi sabit olmaz.

Böyle bir durumda câriye özgür olur. Çünkü câriyenin ümmü veled olduğu ikrar edilmiştir. İkrarı yapan kişi bilinmektedir. Ümmü veled, efendisinin ölümüyle efendinin bütün malları üzerinden özgür[54] olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre her çocuğun üçte bir payı özgür olur. Nesep iddiası nesebi ispat konusunda geçerli olmayınca, çocuğun özgürlüğü konusunda ikrar olarak kabul edilmiştir. Bu durumda efendi "bu çocukların biri özgürdür" demiş kabul edilir. Buna bağlı olarak her bir çocuğun üçte biri, efendinin malının tümünden özgür olur.

Muhammed (rh.a.)'e göre büyük çocuğun üçte biri, ortancanın yarısı ve en küçük çocuğun tümü özgür olur. Çünkü nesep iddiası ile kastedilen büyük çocuk ise, o özgürdür. Ortanca veya küçük çocuk ise, büyük çocuk özgür olmaz. Bu durumda en büyük çocuk bir durumda özgür, iki durumda köle olmaktadır. Bu nedenle üçte biri özgür olur. Eğer nesep iddiası ile kastedilen ortanca çocuk ise, o özgür olur. Kastedilen kişi büyük çocuk olsa da ortanca özgür olur. Çünkü o, ümmü veledin çocuğu olur. Dolayısıyla anasının ölümüyle özgür olduğu gibi, efendisinin ölümüyle de özgür olur. Nesep iddiası ile kastedilen en küçük çocuk ise, ortanca çocuk özgür olmaz. Buna göre ortanca, iki durumda özgür olmakta, bir durumda ise özgür olmamaktadır.

[17/143] "*Ziyâdât*" adlı eser dışında *Zâhirü'r-rivâye*'de belirtildiğine göre, özgür olmanın ortancaya rastlaması tek bir durumda olur. Mirastan mahrum olma durumu bunun dışındadır. Bu nedenle ortanca çocuğun yarısı özgür olur. Küçük

[54] Vasiyet gibi terekenin üçte birini geçmemesi durumunda değil, her durumda özgür olur.

çocuğa gelince; nesep iddiası ile kastedilen ister ortanca, ister en büyük çocuk olsun, en küçük çocuk özgür olur. Ancak Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre Muhammed (rh.a.)'in belirttiği bu durumlar dikkate alınmaz. Çünkü özgür olma nesebin sabit olmasına bağlıdır. Oysa nesep sabit değildir. Ayrıca çocukların özgür olma yönleri ve hükmü birbirinden farklıdır. Nesep iddiası ile kastedilen çocuk aslen özgür olur. Eğer onun dışındakiler kastedilmişse, o çocuk da anaya tabi olması yoluyla efendinin ölümünden sonra özgür olur. Çocuğun aslen ve tâbî olarak özgür olması birbirinden farklıdır. Yine aslen özgür olmayla, özgür kılınma nedeniyle özgür olma da birbirinden farklıdır. Her iki yönü birlikte değerlendirmek mümkün değildir. Bu nedenle her bir çocuğun üçte biri özgür olur. Ebû Yusuf (rh.a.)'tan bir konu dışında, Muhammed (rh.a.)'in görüşü ile aynı görüş nakledilmiştir. O konu da şudur: Ebû Yusuf "büyük çocuğun yarısı özgür olur" demiştir. Çünkü onun durumu yalnızca iki olasılık arasında bulunmaktadır. Nesebi ya efendiye aittir. Bu durumda onun tümü özgür olur. Ya da efendiye ait değildir. Bu durumda da hiçbir bölümü özgür olmaz. Bu nedenle onun yarısı özgür olur. Diğer yarımın değerini ödemek için de çalışır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü şu mesele ile desteklenmiştir: Câriyenin bir çocuğu olsa, efendisi "bu câriye benden bir çocuk doğurmuştur" dese, fakat efendinin belirttiği çocuğun câriyenin elinde bulunan çocuk olup olmadığı kesin olarak bilinmese, o çocuğun nesebi efendiye ait olmaz. Çünkü efendi bilinmeyen bir çocuğun nesebini ikrar etmiştir. Câriyenin elindeki ise bilinen bir çocuktur. Bilinmeyen bilinenden farklıdır. Bununla birlikte efendi câriyenin ümmü veled olduğunu ikrar ettiğinden câriye ümmü veled olur. Çocuk ise köle olur. Anasının özgür kılınmasıyla o özgür olmaz. Efendi o çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu ikrar etmediği gibi çocuğun, câriyenin ümmü veled olmasından sonra doğduğunu da ikrar etmemiştir. Şu durumda çocuğun köle olduğu kesin olarak bilinmektedir. Bu, olasılık ile geçersiz olmaz.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünü kabul edenler, O'nun bu farklı durumlar göz önüne alındığında, çocuğun yarısının özgür olmasını kabul etmesi gerektiğini söylemektedirler. Oysa bu yanlış bir görüştür. Görmez misin efendi "bu câriye benden, organları belirli durumda olan bir çocuk düşürmüştür" dese, bununla efendinin büyük oğlunun hiçbir bölümü özgür olmaz. Önceki mesele de böyledir.

Çocukların tümü bilinen bir anadan doğmuş olsalar, her çocuğun üçte biri özgür olur. Çünkü efendinin nesep iddiasında bulunmasıyla nesep sabit olmayınca, bu, çocuklardan birinin özgür kılındığını ikrar etmek anlamına gelmiştir. Dolayısıyla her bir çocuğun üçte biri özgür olur. Bu hüküm bütün imamların prensibine uymaktadır. Bu meselede farklı durumları dikkate almak mümkün değildir.

Bir câriye, evli olmadığı halde bir çocuk doğursa, çocuk büyüyünceye kadar efendi bu çocuğun nesebinin kendisinden olduğunu ikrar etmese, bu çocuk

büyüdükten sonra, efendinin câriyelerinden birinden bir çocuğu olsa, sonra ilk çocuk ölünce efendi, çocuklardan birinin nesebinin kendisine ait olduğunu iddia ederek "bu ikisinden biri benim oğlumdur" yani ölen ve onun oğlundan biri benim oğlumdur dese, bu konuda imamların kabul ettiği kurallar farklı olmakla birlikte, hepsine göre hayatta olan çocuğun tümü özgür olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre onun özgür olmasının nedeni şudur: Efendinin nesep iddiası nesep konusunda geçerli olmayınca bu, özgürlüğü ikrar etme anlamına gelir. Yani efendi "bunlardan biri özgürdür" demiş gibi kabul edilir. Bir kimse yaşayan birisiyle ölü bir kimse hakkında "bu ikisinden biri özgürdür" dese, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre hayatta olan özgür olur.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün açıklaması şöyledir: Biz küçük çocuğun özgür olduğunu kesinlikle bilmekteyiz. Çünkü nesep iddiası ile o kastedilmişse o zaten özgür olur. Eğer büyük çocuk kastedilmişse, küçük çocuk yine özgür olur. O, efendinin câriyesinden olduğundan, efendinin mülkü olur. Bir kimse oğlunun oğluna (torununa) sahip olunca, bu torun kendiliğinden onun mülkünden özgür olur. Câriye, kendi değerinin yarısını ödemek için çalışır. Çünkü nesep iddiası ile küçük çocuk kastedilmişse anası ümmü veled olur. Çocuk, efendinin ölümüyle özgür olur. Kastedilen büyük çocuk ise câriye özgür olmaz. Her iki durum göz önüne alınarak câriyenin yarısı özgür olmuş kabul edilir. Değerinin yarısı için ise
[17/144] çalışır. Aynı nedenle nine de değerinin yarısını ödemek için çalışır.

Bir kimsenin câriyesi bir kız çocuğu doğursa, sonra bu kız büyüyüp o da bir kız doğursa, efendi ölüm hastalığında iken "bu üçünden biri benim kızımdır" dese, fakat hangisi olduğunu açıklamadan ölse, en büyüğünün yarısı, ortanca ve en küçüğün tümü özgür olur.

Çünkü en büyük, iki durumda özgür olmaktadır: Yani efendinin kastettiği en büyük ise o özgür olur. En büyüğün kızı kastedilmişse, en büyük kadın ümmü veled olur. Efendinin ölümüyle yine özgür olur. Eğer en küçük kız kastedilmişse, bu durumda en büyük kadın câriye olmaya devam eder. Bu durumlar göz önüne alındığında en büyük kadının yarısı özgür olur. Ortanca kadın ise kesinlikle özgürdür. Çünkü nesep iddiası ile kastedilen o ise nesep yoluyla, onun kızı kastedilmişse ümmü veled olduğu için özgür olur. Ortancanın annesi kastedilmişse annesi özgür olur. Kendisi de efendinin kızının kızı olur. Aynı şekilde en küçük kız da kesinlikle özgürdür.

Bu meselede Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü belirtilmemiştir. Denildiğine göre, onun görüşüne göre kadınların her birinin üçte biri özgür olur. Çünkü bu, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre efendinin "sizden biriniz özgürdür" demesi gibidir. Bir başka görüşe göre ise yukarıda belirtilen hüküm, tüm imamlara aittir. Burada özgür olma, her ne şekilde olursa olsun, nesep yönüyle gerçekleşmektedir. İster ümmü veled olma yoluyla olsun, ister başka şekilde olsun, burada kadınların her biri

kastedilmektedir. Dolayısıyla bu yönleri dikkate almak gerekir. Daha önce açıkladığımız gibi önceki mesele ise böyle değildir.

Bir câriye, evli olmaksızın bir kız doğursa, sonra bir başka defa iki kız doğursa, daha sonra bir erkek çocuk doğursa, efendi sağlıklı iken en büyük kıza ve aynı anda doğan iki kızdan birine bakarak "bu ikisinden biri benim çocuğumdur" dese, hangisinin olduğunu açıklamadan ölse, kadınların hiçbirinin nesebi efendiye ait olmaz. Câriye, belirttiğimiz nedenle ümmü veled olması açısından özgür olur. Büyük kızın yarısı özgür olur. Diğer yarısının değerini ödemek için çalışır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin *Zâhirü'r-rivâye*'deki görüşüne göre, ikiz olarak doğan kızların her birinin yarısı özgür olur. Asıllar (Zâhirü'r-rivâye) dışındaki kaynaklarda yer aldığına göre, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre büyük kızın yarısı, ikiz kızlardan her birinin dörtte biri özgür olur.

Bu rivayetin delili şudur: Efendinin nesep iddiası ile kadınlardan hiçbirinin nesebi sabit olmayınca bu, özgürlük ikrarına dönüşmüştür. Efendi sanki "onlardan biri özgürdür" demiş gibi kabul edilir. Buna bağlı olarak büyük kızın yarısı özgür olur. Ortancaların özgür olma payı birbirine eşittir. Çünkü onlar ikiz olduğundan birbirinden ayrılmazlar. Dolayısıyla diğer yarım aralarında ikiye bölünür. Her birinin dörtte biri özgür olur.

Zâhirü'r-rivâye'nin delili ise şudur: Kalan özgürlük ortanca olarak doğan iki kız çocuğuna aittir. Ancak bu ikizler aslen özgür olma ve nesep konusunda birbirinden ayrılmazlar. Onlardan birinin nesebini ikrar etmek, her ikisinin nesebini ikrar etmek gibidir. Bu ikrar hükmünce ikizlerden birinin ne kadarı özgür oluyorsa –ki bu da değerinin yarısıdır- bu kısım diğerinden de özgür olur. En küçük çocuğun ise tamamı özgürdür. Çünkü biz onun, ümmü veledin çocuğu olduğunu kesinlikle biliyoruz. Efendisinin ölümüyle anası özgür olduğu gibi, kendisi de efendinin mallarının tümünden özgür olur.

Efendi en küçük çocuğa bakarak "bu ikisinden biri benim oğlumdur" dese, sonra da hangisi olduğunu açıklamadan ölse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre büyüğün ve küçüğün yarısı özgür olur.

Çünkü efendinin bu sözü her ikisi lehine özgürlük ikrarında bulunmaktır. Bu **[17/145]**
durumda efendi "bunlardan biri özgürdür" demiş gibidir. Bu durumda her birinin yarısı özgür olur. Muhammed (rh.a.)'e göre ise küçük çocuğun tamamı özgür olur. O kesinlikle özgürdür. Onun özgür olması, ya efendinin oğlu olmasından veya efendinin ümmü veledinin oğlu olmasındandır. Dolayısıyla efendinin ölümüyle özgür olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ortanca ikizlerin her birinin yarısı özgür olur. Bunlar değerlerinin diğer yarısını ödemek için çalışırlar. Bu görüşün Muhammed (rh.a.)'e ait olduğu da söylenmiştir. Eğer efendinin kastettiği en büyük çocuk ise, her ikisi de ümmü veledden doğdukları için özgür olurlar.

Kastedilen küçük çocuk ise hiçbiri özgür olmaz. Ortancaların her birinin yarısı özgür olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ortancaların hiçbir bölümünün özgür olmaması gerekirdi. Çünkü efendinin söylediği söz onları kapsamamaktadır. Bu hükmün, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüne göre doğru olduğu da söylenmiştir. Ortancaların özgür olma yönleri birdir. Bu da analarına tâbi olmadır. Dolayısıyla onlar hakkında iki durum göz önünde bulundurulur. Bu nedenle her birinin yarısı özgür olur.

Bir kimsenin câriyesinin üç çocuğu bulunsa, bunların hepsini de câriye evli olmadığı halde üç ayrı doğumla dünyaya getirmiş olsa, efendi en büyük çocuk için "o benim oğlumdur" dese, bu nesep iddiasıyla en büyük çocuğun nesebi ona ait olur. Anası ümmü veled olur. Bize göre diğer iki çocuğun nesebi o efendiye ait olmaz. Züfer (rh.a.) ise diğer iki çocuğun nesebinin de o efendiye ait olacağını söylemiştir. Çünkü kadının efendinin ümmü veledi olduğu ve efendinin firâşı (yatak hakkı) içinde iken o ikisini doğurduğu açıktır. Kadın büyük çocuğa gebe kaldığı anda efendinin ümmü veledi olmuştur. Efendi reddetmedikçe, ümmü veledin doğurduğu çocuğun nesebi iddiaya gerek olmaksızın efendiye ait olur. Efendinin yalnızca en büyük çocuğun nesebini iddia etmesi, diğerlerinin nesebini ne reddettiğini ne de kabul ettiğini gösterir.

Biz Hanefîlere göre burada efendinin yalnızca büyük çocuğun nesebini iddia etmesi, diğer iki çocuğun nesebini reddettiğini gösterir. Çünkü dinen efendinin kendisine ait olan nesebi açıklaması gereklidir. Bu gerekli iken yalnızca en büyük çocuk hakkında nesep iddiasında bulunması, diğer iki çocuğun nesebini reddettiğinin delilidir. Nesebin reddedildiğini gösteren bir delilin bulunması, tıpkı nesebin açıkça reddedilmesi gibidir.

Ümmü veledin çocuğunun nesebi red ile reddedilir. Aynı şekilde red delilinin bulunması ile de reddedilir. Bu şuna benzer: Bir soru sorulması nedeniyle açıklama yapmanın gerekli olduğu bir durumda Peygamber (s.a.v.)'in susması, soruya olumsuz cevap sayılır. Çünkü soru sorulması sırasında açıklama yapmak gereklidir. O'nun bu gereklilikten sonra açıklama yapmaması, cevabın olumsuz olduğunu gösterir. Bizim meselemizde diğer iki çocuk efendinin ölümüyle özgür olur. Çünkü onlar ümmü veledin çocuklarıdır. Efendinin ölümüyle özgür olurlar.

Efendinin ikrarından altı ay veya daha fazla bir süre geçtikten sonra, câriye doğum yapsa, efendi ölünceye kadar bu çocuğun nesebini reddetmediği gibi kabul de etmese, çocuk onun oğlu olur. Çünkü kadın, efendinin firâşında (efendinin yatak hakkı altında) iken gebe kalmıştır. Efendi o kadının doğurduğu diğer çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ettiğinde, kadın, efendinin firâşlığı olmuştur. Bu nedenle sonradan doğan çocuğun nesebi de efendiye ait olur. Muhammed (rh.a.) "*el-Asl*"da firâş hakkının efendi için, nesep iddiası anından itibaren sabit olduğuna işaret etmiştir. Bu, daha önceki meselede izlenecek diğer

bir yoldur. Buna göre ilk iki çocuğun doğumu, kadın üzerinde efendi lehine firâş hakkının sabit olmasından önce gerçekleşmiştir. Bu yüzden efendinin nesep iddiası ile onların nesebi sabit olmaz.

Bir kimse, câriyesinin kendisinden bir çocuk doğurduğunu veya organları belirgin duruma gelmiş bir çocuk düşürdüğünü ikrar etse, bundan sonra efendi, câriyeden uzakta iken, câriye altı ay içinde doğum yapsa, efendi reddetmedikçe nesep efendisine ait olur. Çünkü câriye çocuğu, efendinin firâşı altında iken dünyaya getirmiştir. Biz Hanefîlere göre efendi, reddederse çocuğun nesebi yalnızca bu red ile reddedilmiş olur.

Şafiî (rh.a.)'ye göre ise efendi câriye ile cinsel ilişkide bulunduğunu ikrar eder ve daha sonra da câriyeyi bir hayızla istibra etmeden câriye çocuk doğurursa, efendinin reddetmesiyle çocuğun nesebi reddedilmez. Câriye efendinin satın almasından sonra, bir hayız geçirdikten sonra çocuk dünyaya getirirse, efendi iddiada bulunmadıkça çocuğun nesebi ona ait olmaz. Çünkü Şafiî'ye göre câriye ile cinsel ilişkide bulunduğunda câriye onun firâş hakkına dahil olmuştur. Bu firâşın hükmü ancak istibra ile kesilir. Câriyeyi satın almadan önce câriye çocuk doğurursa, firâşı (yatak hakkı) ona ait olması itibarıyla, tıpkı nikahla sabit olan firâşta olduğu gibi nesep de ona ait olur. Kendisinin reddetmesiyle nesep reddolmaz. [17/146]

Biz Hanefîler ise şöyle diyoruz: Efendinin câriye üzerindeki firâş hakkı onunla cinsel ilişkiye girmesini câiz kılan bir haktır. Efendiye sorumluluk getiren bir hak değildir. Görmez misin efendi, câriyesini evlendirmek suretiyle firâş hakkını başkasına devredebilir. Efendi firâş hakkını başkasına devredebilecek şekilde bu hakka sahip olduğu gibi, nesep hakkı da efendinin reddi ile reddolacak bir biçimde sabit olur. Nikahlı kadının firâş hakkı ise böyle değildir.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

AKRABALIK İDDİASINDA BULUNMAK

Bir kimsenin oğlu, babasının, câriyesini kendisi ile evlendirdiğini ve câriyenin kendisinden bir çocuk doğurduğunu iddia etse, baba bunu inkar etse, oğlun sözü kabul edilmez. Câriyenin doğurduğu çocuğun nesebi, nikahı delil ile ispat etmedikçe ona ait olmaz.

Çünkü oğlun, babasının câriyesine sahip olma yorumu söz konusu olmadığı gibi, ona sahip olma hakkı da yoktur. Dolayısıyla oğlun bu iddiası yabancı bir kimsenin iddiası gibidir. Nesebin nedeni delil ile – ki o da nikahtır- sabit olmadıkça, câriyenin doğurduğu çocuğun nesebi, efendinin oğluna ait olmaz. Hükmün sabit olması, nedenin sabit olmasına bağlıdır.

Baba, oğlunun câriyesinin doğurmuş olduğu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etse, oğlu da köle veya mükâtep olsa, iddiası geçersiz olur.

Çünkü kişinin köle ve mükâtep olan oğlu üzerinde bir yetkisi (velâyeti) bulunmadığından ve oğlunun efendisinin câriyesi üzerinde mülkiyeti veya mülkiyet hakkı bulunduğundan, babanın oğlundan kendisine aktaracağı bir yetki söz konusu değildir. Oysa belirttiğimiz gibi babanın nesep iddiasında bulunmasının geçerli olması için, câriyeyi kendi mülkiyetine geçirmesi koşuldur. Yine oğul Müslüman, baba ise zimmî veya müste'men[55] olursa hüküm yine böyle olur. Kâfirin Müslüman üzerinde velayeti (yetkisi) yoktur.

Bir kimsenin, bir kadınla evlendiğini söylemeden, kadının çocuğunun nesebini ikrar etmesi

Kişinin câriyesi doğum yaptığında, bir başka kimse o çocuğun nikah yoluyla veya nikah şüphesi ile gerçekleşen birleşme sonucunda kendisine ait olduğunu iddia etse, efendi onu yalanlasa, amca, dayı ve diğer akrabanın bu konudaki sözleri (nesep iddiaları) kabul edilmez. Çünkü bunların birbirinin mallarında hakkı yoktur. Onlar birbirine karşı diğer yabancılar gibidirler. Nesep iddiasında bulunan kişi, geçerli veya geçersiz bir nikahla, yahut mülkiyet yoluyla iddiada bulunduğu çocuğa bir gün sahip olursa, çocuğun nesebi ona ait olur. Çünkü dâvacı çocuğa sahip olduğunda ikrarını yenilemiş gibi kabul edilir. Nesep, sabit olduktan sonra geçersiz kılınamaz. Çocuğa sahip olmadan önce onun üzerinde nesep iddiasında bulunmak, mülkiyetin bulunmasına bağlı (mevkuf) duruma gelir.

Yine bir kimse çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etmekle birlikte, çocuğun anası ile evlendiğini belirtmese hüküm aynı olur.

Çünkü mutlak olarak yaptığı ikrar dinen geçerli bir neden olarak yorumlanır. Nesebin kendisine dayalı olduğu firâşı ispat eden nedenler çoktur. Dâvacı, çocukla birlikte veya tek başına onun anasına da sahip olursa, kadın onun ümmü veledi olur. Çocuğun nesebinin kendisine ait olduğunu ikrar ettiğinde anasının da ümmü veledi olduğunu ikrar etmiş olur. Dâvacının nesep iddiası kadın lehine firâş hakkını ispat etmektedir. Firâş ise mülkiyet yoluyla veya geçerli olsun geçersiz olsun nikah yoluyla sabit olur. Bu durum, dâvacının kadına malik olması durumunda onun ümmü veled olmasını gerektirir. **[17/147]**

Dâvacının babası, oğlunun söylediği sözü inkar ettiği halde çocuğa sahip olsa, çocuğun nesebi oğluna ait olmaz. Çocuk da özgür olmaz.

Çünkü oğlu iddiada bulunduğunda, baba, çocuğa sahip olmuş olsaydı, babanın inkar etmesi durumunda çocuğun nesebi oğluna ait olmazdı. Babanın çocuk üzerindeki mülkiyeti sonradan gerçekleştiğinde nesebin oğlun iddiası ile sabit olmaması daha önceliklidir. Nesep sabit olmayınca çocuk, dâvacının

---

[55] **Müste'men** / المستأمن, başka bir milletin ülkesine eman yani müsaade (pasaport) ile giren kimse. Bu kimse Müslüman, zimmî ya da harbî olabilir.

babasının mülkiyetinden özgür olmaz. Çünkü çocuğun onun mülkiyetinden özgür olması, onun oğlunun oğlu olarak kabul edilmesi itibarıyladır. Oysa bu, çocuğun nesebinin kendi oğluna ait olmasından sonra söz konusu olabilir.

Bir kimse, hizmetçi bir câriyeyi mehir olarak verme karşılığında bir kadınla evlense, câriye, kocanın elinde iken doğum yapsa, koca çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etse, karısı ise onu yalanlasa bakılır: Çocuk, kocanın kadınla evlenmesinin üzerinden altı ay geçmeden doğmuş ve gebe kalma kocanın yanında gerçekleşmişse kocanın sözü kabul edilir. Çünkü bu durumda biz gebeliğin, câriye, kocanın mülkiyetinde iken gerçekleştiğini kesin olarak biliriz. Dolayısıyla kocanın nesep iddiası aynı zamanda kadının ümmü veled olduğu iddiası anlamına gelir. Bu nedenle câriyenin mehir olarak karısına verilmesi geçersiz olur. Koca câriyenin değerini karısına öder. Çünkü câriyenin mehir olarak belirlenmesi geçerli olarak gerçekleştikten sonra geçersiz duruma gelmiştir. Bunun için de tıpkı câriyenin başka bir sahibinin çıkması durumunda olduğu gibi, burada da kocanın câriyenin değerini karısına ödemesi gerekli olmuştur. Çünkü câriyenin karısına teslim edilmesini gerektiren neden yani nikah devam ettiği halde bu imkansız duruma gelmiştir.

Câriyenin gebe kalması kocanın yanında gerçekleşmemişse, kocanın sözü kabul edilmez. Çünkü câriyenin özgür olduğunu iddia etme, onu özgür kılma gibidir. Koca bu koşullar altında câriyeyi özgür kılsa bu geçerli olmaz. Yine câriye, çocuğu evliliğin üzerinden altı aydan fazla bir süre geçtikten sonra doğurursa, kocanın iddiası yine kabul edilmez. Çünkü bu durumda biz gebeliğin, câriye kocaya ait iken gerçekleştiğini kesin olarak söyleyemeyiz. Dolayısıyla da kadının yalanlaması durumunda, onun câriye üzerindeki mülkiyetini ortadan kaldırma konusunda kocanın sözü kabul edilmez.

Koca eşiyle gerdeğe girmeden, câriyeyi eşine teslim etmeden önce onu boşasa, çocuğun nesebi kendisine ait olur. Çünkü gerdekten önce boşamayla, mehir olarak belirlenen asıl şey ile ondan doğan fazlalığın yarısı kadına verilir. Burada verilmesi gereken şey ise hizmetçi câriyenin yarısı ile çocuğunun yarısıdır. Oysa çocuğun yarısı kocaya aittir. Bu, kocanın nesep iddiasında bulunması için yeterlidir. Bu nedenle nesebi kendisine ait olur. Câriye de ümmü veledi olur. Koca karısına câriyenin değerinin yarısını öder. Çünkü koca, daha önce yaptığı nesep iddiası ile karısının payına da sahip olmuştur. Sahip olunan malın ödemesi bir fiilin bulunmasına bağlı değildir. Gerdek olmadan koca eşini boşamakla, câriyenin kendisi üzerinde herhangi bir fiilde bulunmamış olsa bile, karısına câriyenin değerinin yarısını ödemekle yükümlü duruma gelir. Çocuk da değerinin yarısını ödemek için çalışır. Çünkü çocuğun yarısı kadına aittir. Bu yarım çocuğun kendisi elinde alıkonulduğundan değerinin yarısını ödemesi için çalışması gerekir. Koca zengin de olsa herhangi bir şeyi ödemekle yükümlü değildir. Çünkü koca nesep

iddisında bulunduğunda bu iddianın niteliği kadın aleyhine herhangi bir değerin yitirilmesine yol açmıyordu. Kadının çocuk üzerindeki payı boşamadan sonra ortadan kalkmıştır. Bu da hükmî bir nedendir. Gerdek olmadan boşama karı-koca arasında belirlenen mehrin yarıya indirilmesini gerektirir. Bu, hükmî bir şeydir. Bunun nedeninin boşama olduğu söylenemez. Çünkü boşama, nikah bağını ortadan kaldırmak için mehire değil kadına yöneltilir. Dolayısıyla boşama kocaya ödemeyi gerektirmez.

Koca nikah öncesinde câriye ile cinsel ilişkide bulunduğunu ikrar ederse, karısına ukr vermez. Nikahtan sonra câriye ile birleştiğini ikrar ederse, ukrun yarısını öder. Birleşmenin zamanını belirtmezse, bu durumda kendisinin konu ile ilgili yapacağı açıklama kabul edilir. Ancak câriye, kocanın karısı ile evlenmesinin ardından iki yıldan daha fazla bir zaman içinde çocuk dünyaya getirirse, kocanın câriye ile nikah sonrasında ilişkide bulunduğu anlaşılır. Dolayısıyla kocanın, câriyenin ukrunun yarısını karısına ödemesi gerekli olur. Çünkü cinsel ilişki ile aslında ukrun tümünü ödemek gerekli olmuştur. Koca, başkasının mülkü olan câriye ile ilişkide bulunmuştur. Şüphe nedeniyle had cezası düşmüştür. Ancak ukru ödemesi gerekir. Ukr da tıpkı câriyenin doğurduğu çocuk gibi bir fazlalıktır. Dolayısıyla boşama ile bunun yarısının da kadına ödenmesi gerekli olur. Bu mesele kocanın, çocuğun nesebini nikah veya nikah şüphesiyle iddia etmesi, yahut nedeni açıklamaması durumu ile ilgili olarak anlaşılmalıdır. Koca, nikah şüphesi olmaksızın câriye ile ilişkide bulunduğunu açıklarsa, çocuğun nesebi kendisine ait olmaz. Çünkü elinde bulunan câriye kendisinin mülkü değildir. Tıpkı gasp edilen câriye gibi, değeri üzerinden ödemeye tabidir. Şu durumda kocanın câriye ile birleşmesi nesebin sabit olması sonucunu doğurmayan bir zinadır.

[17/148]

Câriye, kadının elinde iken doğum yapsa sonra koca gerdeğe girmeden karısını boşasa câriye veya çocuktan hiçbir şeyi koca geri alamaz.

Çünkü câriyeden ayrı olan fazlalık (çocuk), câriyenin kadına tesliminden sonra onun yarısının kocaya geri verilmesine engeldir. Ancak câriye, çocuğu, kocanın evlenmesinin üzerinden altı aydan az bir zaman geçtikten sonra doğurursa, kocanın nesep iddiasında bulunması durumunda, çocuk onun oğlu, câriye de ümmü veledi olur. Koca, câriyenin değerinin yarısını karısına öder. Çünkü bu durumda biz, gebeliğin câriye, kocanın mülkiyetinde iken gerçekleştiğini kesin olarak biliriz. Bu, getirilen tanık gibi kabul edilen bir delildir. Kadının câriyeyi teslim almasının üzerinden altı aydan fazla bir zaman geçtikten sonra câriye doğum yapar da koca, karısını boşamamış olur, ancak karısı ölerek geride mirasçıları kalırsa, koca mirasçıların câriye üzerindeki paylarını öder. Çünkü câriye, kocanın ümmü veledi olduğunda koca, diğer ortaklarının paylarına sahip olmuş olur. Mala sahip olmakla gerekli olan ödeme, mala sahip olan tarafından bir fiil yapılmış olmasını gerektirmez. Çocuk, diğer ortakların payları için çalışır. Çünkü babanın

çocuk üzerindeki payı, onun daha önce nesep iddiasında bulunmasıyla özgür olmuştur. Diğer ortakların payı ise çocuğun üzerinde alıkonulmuştur. Bunun için çocuğun çalışarak onların paylarını ödemesi gerekir.

Miras da aynı şekilde olur. Bu konuyu şu şekilde özetleyebiliriz: Bir kimse başkasından kendisine miras geçmesi yoluyla bir çocuğun bir bölümüne sahip olursa, iki durum söz konusudur: 1- Ya kendisinin ortağı çocuğun evlenmesi haram olacak derecede yakın akrabasıdır 2- Ya da yabancıdır. Her iki durumda da iki şık söz konusudur: 1- Babanın nesep iddiası ya çocuğa sahip olmadan önce yapılmış olabilir, 2- Çocuğa sahip olduktan sonra yapılmış olabilir. Her iki şık için de iki olasılık söz konusudur: 1- Ya diğer ortak nesep iddiasında bulunanı doğrular, 2- veya yalanlar.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre diğer ortak çocuğun evlenmesi haram olacak derecede yakın bir akrabası ise, nesep iddiası çocuğa sahip olmadan önce olsun sonra olsun, ortak bunu doğrulasın veya yalanlasın, çocuğun tümü özgür olur. Ne babanın ödemede bulunması, ne de çocuğun çalışması gerekir. Çünkü diğer ortağın payı akrabalığı nedeniyle özgür olmuştur. Bu, çocuğun çalışmasını gerektirmediği gibi, babanın da ödemede bulunmasını gerektirmez. Nesep iddiasının mülkiyetten önce olması durumunda özgür olma nedeninin tamamlanması, miras yoluyla gerçekleşen ve kişinin kendi fiilinin söz konusu olmadığı bir mülkiyetle olmuştur. Nesep iddiası mülkiyetten sonra olursa diğer ortağın payının özgür olması hükmen, çocuk ile o ortak arasında var olan akrabalık bağına bağlanır. Bu da babanın ödemede bulunmasını gerektirmez. Diğer ortak çocuğa yabancı bir kişi ise bakılır: Nesep iddiası mülkiyetten önce olduğunda, diğer ortak bunu ister doğrulasın ister yalanlasın, nesep iddiası mülkiyetten sonra olduğunda ise, diğer ortağın bunu doğrulaması durumunda babanın ödeme yükümlülüğü olmaz. Çünkü ödeme gerektiren bir şey yoktur. Bu da nesep iddiası, ya özgür olma nedenini tamamlayan mülkiyetten önce gerçekleştiği, ya da nesep iddiası konusunda diğer ortak iddiada bulunanı doğruladığı içindir. Bu durumda çocuk, nesebi bilinen kişilere dahil olur.

Bir kimse başka bir kişiyle birlikte miras yoluyla nesebi belli olan oğluna sahip olduğunda, ortağına bir şey ödemez. Ancak diğer ortağın payını ödemek için çocuğun çalışması gerekir. Çünkü o diğer ortağın payını yanında alıkoymuştur. Bu nedenle çalışması gerekir. Nesep iddiası mülkiyetten sonra olur da, ortak bunu yalanlarsa; bu kalan iki kişiye ait olup, bunlardan biri tarafından özgür kılınan köle hakkındaki hüküm uygulanır. Çünkü babanın payı, mülkiyet ve akrabalık olmak üzere iki nitelikten oluşan bir neden ile özgür olmuştur. Bu durumda özgür olma iki nitelikten en son var olana bağlanır. Bizim meselemizde bu nesep iddiasıdır. Diğer ortağın yalanlaması durumunda bu iddia köleyi özgür kılma hükmünde olur. [17/149]

Bu nedenle bunun hükmü ortaklardan biri tarafından özgür kılınan kölenin hükmü ile aynıdır.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise nesep iddiası mülkiyetten önce olmuşsa ve diğer ortak çocuğa evlenmesi haram olacak derecede yakın bir akraba ise ve o ortak nesep iddiasını doğrularsa, iddiada bulunanın ödeme yükümlülüğü olmaz. Çocuğun da çalışması gerekmez. Çünkü diğer ortak iddiada bulunanın iddiasını doğruladığında, kendi payı, çocuğa akraba olması nedeniyle özgür olmuş olur.

1-Nesep iddiası mülkiyetten önce olur, ortak da bunu yalanlarsa, 2- Veya ortak çocuğa yabancı olur da iddia mülkiyetten önce gerçekleşir ve ortak bunu doğrularsa 3- Veya (aynı durumda) yalanlarsa, 4-Yahut nesep iddiası mülkiyetten sonra olur da ortak bunu doğrularsa, bu dört durumun hiçbirinde baba ödemekle yükümlü olmaz.

Çünkü özgür olma nedeninin tamamlanması mülkiyet yoluyla gerçekleşmiştir. Nesep iddiası bundan önce olur. İddiada bulunanın mülkiyetin gerçekleşmesinde bir fiili bulunmazsa, ödemekle yükümlü olmaz. Nesep iddiası mülkiyetten sonra olur ve diğer ortak bunu doğrularsa, çocuk, iddiada bulunan bakımından nesebi bilinen bir çocuk gibi olur.

Zâhirü'r-rivâye'de Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'den rivayet edildiğine göre bu durumda baba ödemekle yükümlü olmaz. Ebû Yusuf (rh.a.)'dan bir başka rivayete göre ise baba, çocuğa miras yoluyla sahip olsa bile, nesebi bilinen çocukta, baba diğer ortağa ödemede bulunur. Çünkü bu rivayete göre özgür kılma nedeniyle olan ödeme, köleye sahip olmaktan doğan ödemedir. Bu da Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in şu kuralına dayanmaktadır: Özgür kılan kişi zengin ise, kölenin velası tümüyle ona ait olur. Böylelikle bu velâ, çocuğun anasına sahip olmakla gerekli olan ümmü veled kılma ödemesi hükmünde olsun. Ancak Ebû Yusuf (rh.a.)'tan yapılan bu rivayet doğru değildir. Çünkü özgür kılanın fakir olması durumunda ödemenin gerekli olmadığı hakkında görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Köleye sahip olmaktan doğan ödeme ise sahip olanın zengin veya fakir olmasına göre değişmez. Ancak bu durumda köle, diğer ortağın payını alıkoyduğundan bu payın değerini ortağa ödemek için çalışır. Çünkü diğer ortağın yalanlaması durumunda onunla çocuk arasında akrabalık sabit olmamıştır. Nesep iddiası mülkiyetin gerçekleşmesinden sonra olsa ve babanın, evlenmesi haram olacak derecede yakın akrabası olan veya yabancı olan diğer ortak bunu yalanlasa, bu iki durumda hüküm Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre birdir. Bunun hükmü iki ortaktan birinin özgür kıldığı kölenin hükmü ile aynıdır. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi, diğer ortağın yalanlaması durumunda akrabalık sabit olmaz. Bu konuda evlenilmesi haram olacak derecede yakın olan akraba ile yabancı birbirine eşittir.

Bir kimsenin elinde bulunan bir câriye doğum yapsa, câriyeyi elinde bulunduran kişi onunla evlendiğini ve çocuğun kendisinden olduğunu söylese, câriyenin efendisi ise "aksine ben câriyeyi bin dirheme sattım çocuk da ondandır" dese, çocuk câriyeyi elinde bulundurana ait olur. Her iki taraf, kocanın çocuğun nesebine sahip olma hakkını doğuran, kadın üzerindeki firâş (yatak) hakkının nedeninde görüş ayrılığına düşseler de, bu hakkın kocaya ait olduğunda anlaştıklarından, çocuğun nesebi kocaya ait olur. Efendinin ikrarı ile çocuk özgür olur. Çünkü baba, çocuğun kendisinin mülkü olduğunu ikrar etmektedir. Çocuk onun câriyesinin çocuğudur. Efendi de çocuğun özgür olduğunu ikrar etmektedir. Çünkü câriye bu çocuğa, kocanın mülkiyeti altında iken gebe kalmıştır. Şu durumda çocuk, efendinin ikrarıyla özgür, anası da ümmü veled olur. Çünkü efendi onun ümmü veled olduğunu ikrar etmiştir. Onu ümmü veled kılan kişi de efendisinin câriyesi üzerindeki ikrarının geçerli olduğunu ikrar etmektedir. Bu nedenle câriye ümmü veled konumunda olur. Ancak onunla cinsel birleşme mevkuf (askılı) duruma gelir. Her iki erkeğe de helal olmaz. Çünkü erkeklerin her ikisi de câriyeyi reddetmektedir. Kocanın onu ikrar etmesi geçerli olmaz. Cinsel birleşmenin helal olması milk-i müt'a (cinsel birleşme mülkiyeti) itibarıyladır. Bu ise ancak nedeninin bulunmasıyla gerçekleşir. Bizim meselemizde milk-i müt'anın nedeni gerçekleşmemiştir. Efendi evliliği, koca da câriyeyi satın aldığını inkar etmektedir. Birleşmenin helal olması konusu, tedbirli olunması gereken konulardandır. Bu nedenle kocanın kadına yaklaşması câiz değildir. [17/150]

Çocuğun babası ölünce câriye özgür olur. Çünkü efendi, câriyenin kocanın ümmü veledi olduğunu ikrar etmektedir. Bu nedenle kocanın ölümüyle câriye özgür olur. Koca da efendinin câriye hakkındaki ikrarının geçerli olduğunu ikrar etmektedir. Koca, câriyenin bedeli üzerinden ukr öder. Çünkü koca ve efendi nedeninde görüş ayrılığına düşseler bile, ukrun gerekliliğinde anlaşmaktadırlar. Mal ödemesinde nedenin farklılığına itibar edilmez. Nitekim bir kimse birisine"senin bende alacak olarak bin dirhemin vardır" dese, lehine ikrarda bulunulan onun gasp olduğunu söylese, bu parayı alabilir. Bizim meselemizde de koca, ukr hesabıyla ödeme yapar. Efendi de bedel üzerinden kendi iddia ettiği miktarını alır. Bu hüküm, "özgür kılma" konusunda belirttiğimiz hükümden ayrıdır. Orada kastedilen şey, Ebû Süleyman (rh.a.)'ın "özgür kılma" konusunda belirttiği şu husustur: "Koca, câriyenin efendisine onun değerini öder". Bu yanlıştır. Doğru olan burada açıkladığı ve Ebû Hafs (rh.a.) nüshasında ve "*Nevâdirü Hişâm*"da da belirtilen şu hükümdür: "Koca, ukru öder. Efendi bedele karşılık olarak bunu alır".

Koca, câriyeyi satın aldığını ve câriyenin kendisinden bu çocuğu doğurduğunu iddia etse, efendi "aksine seni o câriye ile evlendirdim" dese, iki tarafın nesep konusunda anlaşması nedeniyle nesep sabit olur. Çocuk özgür olmaz. Çünkü kocanın sözü ile satın alma sabit olmamıştır. Bu durumda daha önce anlaşıldığı

üzere efendi, anaya sahip olduğu için, çocuk da onun mülkü olur. Bu nedenle çocuk özgür olmaz.

Bir kimsenin elinde olan câriye bir çocuk doğursa, bu kişi çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etse, bir başkasına"bu senin câriyendir, sen onu benimle evlendirdin" dese, söz konusu kişi de onu doğrulasa, câriyenin aslen o kişiye ait olup olmadığı bilinmese çocuk özgür olur. Nesebi câriyeyi elinde bulundurana ait olur. Anası da onun ümmü veledi olur. Çünkü câriye, onun elinde idi. Görünüşe göre onun mülküdür. Bu nedenle zilyedin çocuğun nesebi hakkındaki iddiası geçerli olur. Çocuk hakkında gerçek anlamda özgürlük, ana hakkında da bu iddia ile özgürlük hakkı sabit olur. Câriyeyi elinde bulunduran kişi câriyenin başkasına ait olduğunu ikrar etmekle câriyenin kendisine karşı sahip olduğu hakkı ortadan kaldırmayı istemektedir. Bu konuda onun sözü kabul edilmez. Ancak câriyeyi elinde bulunduran, ikrar edene câriyenin değerini öder. Çünkü diğer kişinin ikrarı, câriyeyi elinde bulunduran hakkında delildir. Câriyeyi elinde bulunduran, câriyenin diğer kişinin mülkü olduğunu, bununla birlikte daha önceki nesep iddiası nedeniyle, onun kendisi yanında alıkonduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle câriyenin değerini diğer kişiye öder. Câriyenin aslen, lehine ikrarda bulunulan kişiye ait olduğu bilinirse nesebi ona ait olur. Hem câriye hem de onun çocuğu onun mülkü olur. Çünkü burada nesep iddiası ile, ne câriyenin ne de çocuğunun özgürlüğü sabit olmaz. Burada görünüş açısından câriyenin mülkiyeti, ondan çocuk sahibi olandan başkasına aittir. Câriyenin aslen o kişiye ait olduğu bilinmese ve o kişi "ben câriyeyi sana sattım" dese, çocuğun babası ise, "sen onu benimle evlendirdin" dese; çocuğun babası câriyenin değerini öder. Çünkü câriyenin onun yanında alıkonması, lehine ikrarda bulunulan kişinin satış ikrarında bulunmasıyla olmamıştır. Görmez misin lehine ikrarda bulunulan kişi bunu inkar etse bile, ne câriyeyi elinde bulundurana, ne de câriyenin çocuğuna karşı bir hak iddiasında bulunamaz. Çünkü daha önceki nesep iddiası ile câriyenin ümmü veled olduğu sabit olmuştur. Bundan dolayı çocuğun babası câriyenin değerini öder. Ukru ödemez. Çünkü o kendi mülkü olan câriye ile ilişkide bulunmuştur. Ayrıca o câriyenin bedelinin tamamını ödemiştir.

[17/151] Yine çocuğun babası diğer kişiye "sen bu câriyeyi bana sattın", diğeri de "aksine ben onu seninle evlendirdim" dese belirttiğimiz nedenle bununla önceki mesele aynı hükümdedir. Câriyenin aslen diğer kişiye ait olduğu biliniyorsa o anayı ve çocuğunu köle olarak alır. Ancak câriyeyi sattığını ikrar ederse, o zaman satamaz. İkrar etmesi durumunda onun satış yoluyla mülkiyetinden çıktığını ikrar ettiğinden, câriye üzerinde hakkı kalmaz. Çocuğun babası bu durumda câriyenin değerini de ödemez. Çünkü câriyenin onun elinde alıkonmuş olması, lehine ikrarda bulunulan kişinin câriyeyi sattığını ikrar etmesinden kaynaklanmıştır. Görmez misin o, bunu inkar etseydi ,ne câriyeyi ne de çocuğunu alması mümkün olurdu. Bu nedenle çocuğun babası câriyenin değerini ödemez. Ancak belirttiğimiz

nedenle ukru öder. Bu durumda câriye, efendisinin ikrarına bağlı olarak ümmü veled olan kişi hükmünde olur.

İki kişinin bir çocuğun nesebini iddia etmeleri

Bir kadın bir çocuk doğursa, bu kadına karşı iki kişi nikah iddiasında bulunsa, bunlardan biri bir ay önce diğeri bir yıl önce evlendiğini iddia etse, nesep bir yıl önce evlendiğini iddia eden kişiye ait olur. Çünkü kadın şu an itibarıyla onun firâş (yatak) hakkı altındadır. Dolayısıyla nesep şu anda görünüşteki firâş hakkı ile sabit olur. Nikahın bir ay önce olduğunu iddia eden kişi ise görünüşün desteklediğine aykırı bir iddiada bulunmuştur. Bu nedenle sözü kabul edilmez.

Eğer "Aksine, diğer kişi nikahın daha önce olduğunu iddia ediyor. Bu ise inkar ediyor. Bu durumda inkar edenin sözü kabul edilmelidir" denilirse, şöyle deriz: "Burada nikah tarihi doğrudan amaçlanmış değildir. Bu nedenle ona bakılmaz. Burada amaçlanan hükme bakılır. Bu da çocuğun nesebidir. Bu yüzden nesep hakkında görünüş kimi destekliyorsa, onun sözü kabul edilir. Ayrıca inkarcı olan kişi çelişkiye düşmektedir. Çünkü o, daha önce nikahın geçerli olduğunu ikrar etmişti. Şimdi ise tarihi inkar etmekle nikahın geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Bu yüzden sözü kabul edilmez.

Yine kadın, kocanın kendisini üç talakla boşamasından bir gün sonra doğum yapsa ve diğer koca onu gebe bıraksa, hüküm, belirttiğimiz gibi önceki mesele ile aynı olur. Her iki erkek de nikahın bir ay önce olduğu konusunda birleşseler, çocuk da küçük olsa, her iki erkeğin sözü kabul edilir. Nesep kocaya ait olmaz. Çünkü küçük çocuk kendisi hakkında sözlü kullanımda bulunamaz. Bu nedenle hak iki erkeğe ait olmaya devam eder. İki tarafın üzerinde anlaştığı şey, onlar hakkında gözle görme ile sabit olmuş gibi kabul edilir. Bu yüzden nesep kocaya ait olmaz.

Kişi altı ay önce o kadınla evlendiğine dair tanık getirirse, lehine delil bulunduğundan, nesep onun olur. "Burada dâvacı olmadığı halde bu delil nasıl kabul edilebilir?" şeklinde bir itiraz söz konusu olabilir. Buna şu şekilde cevap verebiliriz: Âlimlerimizden bazıları (rh.a.) şöyle demiştir: hakim bu delili ileri sürmesi için çocuk adına bir kayyım belirler. Çünkü nesep çocuğun hakkıdır. O ise nesebi bizzat ispat etmekten âcizdir. Bu nedenle nesebi ispat için hakim onun adına bir kayyım belirler. Bir başka görüşe göre ise burada dinin hakkı vardır. O da taraflar arasında nikahın sabit olması ve kadının başkasıyla evlenemeyeceği şekilde nikahın geçerli olduğuna hükmetmektir. Bu durumda çocuk delil getirenin oğlu olur. Çocuğun nesebi babasından başkasına bağlanmaz. Bu dinin hakkı olarak haramdır. Dâva dinin (âmme) hakkı ile ilgili olunca, dâva bulunmasa bile hasbeten/re'sen tanıklık kabul edilir. Nitekim câriyenin özgür olması konusunda da böyledir.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

ÖLÜM HASTALIĞINDA OLAN BİR KİMSENİN, BİR ÇOCUĞUN NESEBİNİ İKRAR ETMESİ

[17/152] Bir kimse, sağlıklı olduğu bir sıradaki kölesinin, ölüm hastalığına yakalanınca kendisinin oğlu olduğunu ikrar etse, kölenin de bilinen bir nesebi bulunmasa, ayrıca yaş bakımından ikrarda bulunanın çocuğu olabilecek durumda olsa, köle ikrarda bulunanın oğlu olarak kabul edilir. Ona mirasçı olur. Onun ana rahmine düşmesi ister ikrarda bulunanın mülkiyetinde iken olsun ister olmasın, köle herhangi bir ödemede bulunmak üzere çalışmaz.

Ölüm hastalığında nesep ikrarı

Çünkü kişinin nesebinin kendisine bağlanması, onun ihtiyaçlarından olduğundan onun malındaki hakkı mirasçıların hakkından önce gelir. Kişi, nesep iddiasında bulunma konusunda kısıtlama (hacr) altında olmadığından, onun iddiasıyla nesep sabit olur. Çocuk, iddiada bulunanın sağlığında onun mülkiyetine giren nesebi bilinen çocuk hükmünde olur. Bu nedenle onun özgür olması vasiyet yoluyla değil, iddiada bulunanın geriye bıraktığı malın tümü üzerinden olur. Bunun için de çocuğun herhangi bir şey için çalışması gerekmez.

İddiada bulunanın mal varlığını aşan bir borcu bulunsa bile hüküm yine böyledir. Ölü için gerekli şeyleri hazırlama (teçhiz) ve kefenleme (tekfin) işleminin de gösterdiği üzere, kişinin ihtiyacı alacaklıların hakkından önce gelir. Ayrıca nesebin ispat edilmesinde alacaklıların ve mirasçıların hakkını geçersiz kılma yoktur. Çünkü bu iddia, onların hakkının olmadığı bir konu üzerinde gerçekleşmektedir. Bu, kendisine dayanan hüküm bakımındandır. Bu nedene dayanan şey, iddiada bulunanın sağlığında çocuğun özgür olmasıdır. Ne alacaklıların ne de mirasçıların kişinin sağlığında onun malında hakları bulunamaz.

Kişinin bir câriyesi bulunsa ve bu câriye, o kişi sağlıklı iken doğum yapsa, sonra bu kişi ölüm hastalığı sırasında çocuğun kendi oğlu olduğunu ikrar etse, gebelik ister câriye onun mülkiyetinde iken ister değilken gerçekleşmiş olsun bu ikrar kabul edilir.

Çünkü burada nesep iddiasına bağlı olan şey, iddiada bulunanın sağlıklı iken çocuğun gerçekten özgür olması ve ananın özgürlük hakkını elde etmesidir. Alacaklıların ve mirasçıların, kişi sağlıklı iken ne câriye ne de onun çocuğu üzerinde hakları yoktur.

Fakat kişi çocuğun mülkiyetine ölüm hastalığı sırasında sahip olur. Çocuk üzerindeki mülkiyetten önce veya sonra onun nesebini iddia eder, sonra da ölürse bakılır: Eğer iddiada bulunanın mal varlığını aşan bir borcu varsa, çocuğun kendi değerinin tümünü ödemek için çalışması gerekir. Bu durumda kişinin nesep iddiasına, ölüm hastalığı sırasında özgür olma hükmü dayanmaktadır. Bu da alacaklıların hakkı bulunan bir şey üzerinde söz konusudur. Bu yüzden bu iddia

onlar açısından kabul edilmez. Ancak onun ikrarı ile kölelik ortadan kalktığından, değerinin tümünü ödemek için çalışması gerekir.

İddiada bulunanın, câriye ve çocuğu dışında mülkü bulunmasa, borcu da olmasa çocuk, onun malının üçte biri üzerinden özgür olur. Değerinin mal varlığının üçte birini aşan kısmı için çocuğun çalışması gerekir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çocuk, iddiada bulunana mirasçı olmaz. Çünkü çalışması istenen köle ona göre bazı hükümleri bakımından mükâtep konumundadır. Mükâtep ise mirasçı olamaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise çalışması istenen köle, özgür duruma gelmiş bir borçludur. Dolayısıyla mirasçılara o da dahildir. Mirasçıya vasiyet yapılamaz. Bu yüzden onun değerini ödemek için çalışması gerekir. İddiada bulunana mirasçı da olur.

Efendinin bir oğlu bulunsa, bunun değeri de malının üçte birinden az olsa, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre hüküm önceki mesele ile aynıdır. Çocuk yine değerini ödemek için çalışır. Çünkü o mirasçı olmuştur. Mirasçıya vasiyet yoktur.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise çocuğun hiçbir durumda çalışması gerekmez. Çocuk iddiada bulunana mirasçı olur. Ebû Hanîfe (rh.a.) meydana gelecek kısır döngüyü ortadan kaldırmak için çocuğun hem vasiyeti hem de mirası birlikte almasına hükmetmiştir. Çünkü burada çocuk hakkında vasiyet geçerli kılınmaz. Onun değerini ödemesi için çalışması istenirse mükâtep hükmünde olur. Mükâtep ise mirasçı olmadığından ona yapılan vasiyet geçerli olur. Bununla çalışma borcu ortadan kalkar ve mirasçı olur. Bu devir (kısır döngü) bu şekilde devam eder. Bu kısır döngünün ortadan kaldırılması gerekir. Bunun için vasiyet ve miras hükümleri aynı kişide bir araya getirilir. Bu şuna benzer: Hibe ile ilgili bazı meselelerde kısır döngüden kurtulmak için, normalde vasiyet malın üçte birinden fazla kısımda geçerli olmasa da, malın beşte ikisinde geçerli kılınmıştır. Bunun gerekçesi zaruretle ilgili durumların dinî hükümlerden istisna edilmiş olmasıdır.

Çocuğun anasına gelince, tüm imamlara göre onun çalışıp değerini ödemesi gerekli değildir. Çünkü kendisi ile birlikte nesebi sabit olan bir çocuk bulunduğunda, bu bir tanık getirmek gibi kendisi lehine bir delildir. Bu nedenle hiçbir şey ödemek için çalışması gerekli değildir. [17/153]

Ölüm hastalığında olan kişiye, nesebi belli olan oğlu bağışlansa ve bağış olarak verilen oğlundan başka malı bulunmasa bakılır: Kendisinin borcu varsa, çocuk değerini alacaklılara ödemek için çalışır. Borç, kendisinin değerinden daha az ise, borcu ödemek için çalışır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kalanın üçte ikisi mirasçıların, üçte biri ise vasiyet olarak onun olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre çocuk kendisi ile mirasçılar arasında kalan mal üzerinde değeri miktarını onlara ödemek için çalışır. Kendisine vasiyet olarak bir şey verilmez. Çünkü o mirasçılardandır.

Ölüm hastalığında olan bir kimseye kendisinin ümmü veledi olduğu bilinen câriye bağışlansa özgür olur. Herhangi bir şey ödemesi için çalışması gerekli değildir. Çünkü çocuğun nesebinin sabit olması kadın lehine tanıktır. Ümmü veledin özgür olması, ölünün ihtiyaçlarından olduğu için, alacaklıların ve mirasçıların hakkından önce gelir.

Ölüm hastalığında olup bin dirhemi bulunan bir kimse, bununla kendi oğlunu satın alsa, sonra ölse, geride oğlundan başka mal bırakmasa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre oğlan değerini mirasçılara ödemek için çalışır. Değerinin üçte biri kendisine vasiyet yoluyla kalmıştır. Değerinin tümü için çalışır. Çünkü o mirasçıdır. Kendisine vasiyet yapılamaz. Ölenin borcu varsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre oğlu borcu ve kalanın üçte ikisi için çalışır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise, belirttiğimiz gibi değerinin tümünü ödemek için çalışır.

Ölüm hastalığında olan kişi, kendisine ait olduğu bilinen ümmü veledini satın alsa, ümmü veled ne alacaklılara ne de mirasçılara bir şey ödemek için çalışır. Çünkü çocuğun nesebi, kadın lehine tanıktır. Kadını satın alan kişi, satıcıya bedel konusunda tolerans göstermiş olsa (muhabat satışı yapsa/değerinden aza verse), fazladan ödediği bedel bin dirhemden az ise, ölüm hastalığı sırasında yapılan muhabat vasiyet gibi değerlendirildiğinden, kişinin borcu varsa satıcının fazladan aldığı satış bedelini geri vermesi gerekir. Satın alanın borcu yoksa satıcının fazlalığın üçte ikisini mirasçılara geri vermesi gerekir. Kalan üçte bir vasiyet yoluyla kendisine bırakılır.

Bir kimsenin mülkiyetinde bir çocuk ve kadın bulunsa, çocuğun nesebinin kime ait olduğu bilinmese, câriye ve çocuğu iki kişi satın alsa veya bağış, sadaka, miras, ya da vasiyet yoluyla onlara sahip olsalar, sonra bu iki kişiden biri çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, diğeri onu yalanlasa, çocuk iddiada bulunanın oğlu kabul edilir.

Çünkü nesep iddiasının geçerli olması açısından, iddiada bulunanın çocuğun yarısında mülkiyetinin bulunması, tümü üzerinde mülkiyeti bulunması gibidir. Çocuğun nesebe ihtiyacı vardır. İddiada bulunan zengin olsun, fakir olsun ananın değeri üzerinden diğer ortağın payını öder. Çünkü câriye iddiada bulunanın ümmü veledi olduğunda o, diğer ortağın payına doğrudan sahip olmuştur. Eğer zengin ise çocuğun değeri üzerinde diğer ortağın payını da öder. Fakir ise çocuk bunu ödemek için çalışır. Çünkü kişinin bir kimseye sahip olmasından sonra, sahip olduğu kimsenin özgür olduğunu iddia etmesi, ortağı onu yalanlarsa ve çocuğa yabancı ise, onu özgür kılması gibidir. Çocuk, ortağın evlenmesi haram olacak derecede yakın akrabası olsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çocuğun çalışması gerekli değildir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise çocuğun çalışması gerekir. Biz tüm bu durumları daha önceki bölümde açıkladık.

Mükâtep, başka bir kişi ile ortak olarak oğlunu satın alsa, kendisinin payı da kendisi ile birlikte mükâtep olur.

Çünkü o oğlunun tümüne sahip olsa oğlunun tümü kendisiyle birlikte mükâtep olurdu. Parçayı bütüne kıyas yoluyla oğlunun yarısına sahip olduğunda da böyle olur. Mükâtep, kitâbet bedelini ödediğinde hem kendisi hem oğlu özgür olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çocuk, değerinin yarısını diğer ortağa ödemek için çalışır. Mükâtebin ödemede bulunması gerekmez. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin kuralına göre özgür bir kimse başkasıyla birlikte oğlunu satın alırsa, ortağına ödeme yükümlülüğü olmaz. Ancak çocuğun, değerinin yarısını ödemek için çalışması gerekir. Mükâtepte de durum böyledir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise çocuğun tümü babasıyla birlikte mükâtep olur. Çünkü onlara göre kitâbet akdi bölünemez. Mükâtep oğlunun değerinin yarısını ortağına öder. Ortağının payına doğrudan sahip olmuştur. Dolayısıyla kendisi zengin olsun fakir olsun ortağın payını öder.

Çocuğun nesebi bilinmese, mükâtep ile ortağı çocuğa sahip olduktan sonra mükâtep onun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etse, mükâtep zengin ise diğer ortak çocuğun değerinin yarısını ona ödettirebilir. Dilerse de çocuğun çalışmasını isteyebilir. Eğer mükâtep fakir ise, çocuktan çalışması istenir. Çünkü nesep iddiası konusunda mükâtep özgür kimse gibidir. Özgür kılma nedeniyle meydana gelen ödeme bakımından da mükâtep, özgür kimse gibidir. Daha önce açıkladığımız gibi, ortağın yalanlaması durumunda bu nesep iddiası özgür kılma hükmünde kabul edilir. Çocuğun anası da çocukla birlikte olsaydı, mükâtebin zengin olsun fakir olsun, kadının değerinin yarısını diğer ortağa ödemesi gerekirdi. Çünkü mükâtebin kadın üzerinde mülkiyetinin sabit olmasıyla satılması imkansız duruma gelmiş ve kadın ümmü veled konumunda olmuştur. Bu nedenle mükâtep, ortağına câriyenin değerinin yarısını öder. Çünkü her durumda o ortağının payına doğrudan sahip olmuştur. **[17/154]**

Mükâtep ile birlikte köleye sahip olan kişi, kölenin evlenmesi yasak olan yakın bir akrabası olsa, çocuğun nesebinin mükâtebe ait olduğu da bilinse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre evlenmesi haram olan yakın akrabanın çocuk üzerindeki payı, akrabalıktan dolayı özgür olur. Çünkü o, gerçek anlamda mülkiyeti ispat etmiştir. Mükâtebin payı ise mevkuf (askıda) olur: Mükâtep özgür olursa çocuk da onunla birlikte özgür olur. Mükâtep, bedeli ödeyemez duruma gelirse, çocuk bedeli efendiye ödemek için çalışır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise hem mükâtep hem de çocuk özgür olur. Çünkü onlara göre özgür olma bölünemez. İkisinin de sahibine ödemede bulunması da çalışması da gerekmez. Bunda mükâtebin amacını gerçekleştirme bulunmaktadır. O kendi özgürlüğü için çalıştığında çocuğu için de çalışmış olacaktır. Bu nedenle mükâtebin ödeme yapması da çalışması da gerekmez.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

ZİNADAN VEYA GEÇERLİ NİKAHTAN OLAN ÇOCUĞUN NESEBİNİ İDDİA ETMEK

Zina ikrarı ile nesebin geçerli olmaması

Bir kimse özgür bir kadınla zina ettiğini ve ondan doğan çocuğun kendisinin zina ürünü oğlu olduğunu ikrar etse, kadın da onu doğrulasa, nesep her ikisi hakkında da sabit olmaz.

Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

اَلْولدُ لِلْفِراشِ وَ لِلْعاهِرِ الْحجَرُ

"Çocuk yatağa (yatak hakkına sahip olan erkeğe) aittir. Zina eden için ise mahrumiyet vardır."[56]

Zina eden kişinin yatak hakkı yoktur. Resûlüllah (s.a.v.) zina eden kişiye mahrum olmaktan başka bir pay bırakmamıştır. Bir görüşe göre bu ifade taşlama cezasına (recme) işaret etmektedir.[57] Bir başka görüşe göre ise bu, kayıp olmaya işaret eder. Nitekim kaybolma durumu için "hacr" denilir. Bunun anlamı "zina eden, hiçbir payı olmayan, gaip (kayıp) kişidir". Bizim konumuz açısından ise bu hadisin anlamı; zina edenin nesep konusunda hiçbir hakkının olmamasıdır.

Nesebin zina edene bağlanmaması dinin hakkıdır. Bunun nedeni iki şey olabilir: Ya zina edeni, zina ettiğinde sperminin kaybolacağını bilmesi ve bundan uzak durması için bir ceza önlemi olarak nesebin bağlanmaması, ya da zina eden kadının ilişkide bulunduğu kişinin birden fazla olma olasılığıdır. Zina edene nesep bağlanırsa babasından başka bir kimseye nesebin bağlanması söz konusu olmuş olabilir. Bu ise dinen haramdır. Bu olasılık, kadının ikrarda bulunan erkeği doğrulaması ile ortadan kalkmaz. Yahut da nesebin zina eden erkeğe bağlanmaması, aslında çocuğun hakkı içindir. Çocuğun nesebinin zina edene bağlanması durumunda bu onun için utanç vesilesi olur. Bu ise kötülüğü yaygınlaştırmak demektir. Bu kötü durum, kadının erkeği doğrulaması durumunda da vardır. Nesep erkeğe bağlanmadığı gibi, erkek ve kadına da birlikte bağlanmaz.

Zinâ eden kadının çocuğunun doğuşuna ebenin tanıklık etmesi

Çünkü çocuğun nesebinin her ikisine bağlanması konusunda yalnızca kadının sözü delil değildir. Ebe bu konuda tanıklık yaparsa çocuğun nesebi erkeğe değil yalnızca kadına bağlanır. Nesebin kadına bağlanması doğum yoluyla olur. Bu ise ebenin tanıklığı ile ortaya çıkar. Kadının doğumda kendi fiili bulunmadığı için, nesebi ona bağlamamak suretiyle onu cezalandırmak da söz konusu olamaz. Nesebin erkeğe bağlanmamasının gerekçesi ortada bir karışıklığın bulunmasıdır. Oysa kadın

---

[56] *Muvatta*, Akdiye 21; Buhârî, Buyû' 3; Müslim, Radâ 36; Ebû Dâvûd, Talak 33; Tirmizî, Radâ 8.

[57] Hadisteki الْحجَر kelimesinin "cim" harfi sakin okunursa kelime "el-hacr" olur. Mahrumiyet, kısıtlılık anlamına gelir. "Cim" harfi fetha ile "el-hacer" okunursa o zaman "taş, (recim) anlamına gelir.

açısından böyle bir karışıklık yoktur. Çocuğun kadından doğduğu açıkça görülmüştür. Bu nedenle çocuğun nesebi kadına ait olur. [17/155]

Bir erkek, özgür bir kadınla veya bir câriye ile zina ettiğini ve kadının da bu çocuğu doğurduğunu ikrar etse, kadın ise geçersiz veya geçerli bir nikah bulunduğunu iddia etse, çocuğun nesebi erkek çocuğu mülkiyetini elde etse bile o adama ait olmaz. Çünkü erkeğin inkar etmesi durumunda yalnızca kadının sözü ile erkeğin kadın üzerinde yatak hakkı olduğu sabit olmaz. Dolayısıyla erkek açısından kendisinin ikrar ettiği zina fiili kalır. Bu ise, erkek ister o çocuğa sahip olsun ister olmasın nesebi ispat etmez. Ancak erkeğin çocuğa sahip olması durumunda, çocuğun nesebi ona bağlanmasa da, onun bir parçası olması nedeniyle çocuk özgür olur. Kişi kendisine, (kendi nefsine) köle olarak sahip olamayacağı gibi, kalan parçasına da sahip olamaz.

Erkeğin zina ikrarında bulunup, kadının zina iddia etmemesi

Muhammed (rh.a.) bu konuyu bir karışıklığı gidermek için belirtmiştir. Şöyle ki; Kadının nikah iddiasında bulunmasıyla fiil sırf bir zina fiili olmaktan çıkmıştır. Her iki cinse de had cezası gerekmez. Erkeğin kadına ukr ödemesi gerekir. Ancak bu çocuğun nesebini erkeğe bağlamaz. Çünkü nesebin nedeni firâş (yatak hakkı)tır. Bu ise erkek hakkında sabit değildir. Yine kadın, iddia ettiği şey için bir tane tanık getirse, durum yine böyledir. Firâş hakkı bir tanıkla sabit olmaz. Bir tanık tam bir delil değildir. Kadın, iddet bekleme yükümlülüğünü yüklendiğinden ve erkek üzerinden had cezasının düşmesi nedeniyle erkekten mehrini aldığı için iddet beklemesi gerekir.

Erkek nikah iddiasında kadın ise zina ikrarında bulunursa, ileri sürdüğü şüphe nedeniyle erkekten ceza düştüğü için kadına ukr ödemesi gerekir. Kadının nikahı inkar etmesiyle erkeğin onun üzerinde yatak hakkı sabit olmaz. Bu nedenle kadının çocuğunun nesebi derhal erkeğe bağlanmaz. Ancak herhangi bir zamanda erkek, çocuğa malik olursa nesebi sabit olur. Onun anasına sahip olursa anası kendisinin ümmü veledi olur. Kadının ve efendisinin inkarı dikkate alınmaz. Çünkü erkeğin ikrarı kendi hakkında delildir. İkrarın işlevini gösterememesinin tek nedeni ikrar konusu olan şeyin başkasının mülkü olmasıdır. Bu, ikrarda bulunanın mülkiyetine geçtiğinde, ikrarda bulunan bu ikrarını yenilemiş gibi kabul edilir. Bununla da çocuğun nesebi sabit olur. Anası hakkında da ümmü veledlik sabit olur. Erkek bir tanık veya adil olmayan iki tanık getirse, yine nesep sabit olmaz. Getirdiği tanıklar tam bir delil değildir. Bununla birlikte kadının iddet beklemesi gerekir. Çünkü o, mehir almaya hak kazanmıştır. Ayrıca iddet, tedbir için konmuştur.

Kadının zina ikrarında bulunup, erkeğin nikah iddia etmesi

Bir kimsenin eşi, o kişinin yatak hakkı altında iken doğum yapsa, erkek "falan seninle zina etti. Bu çocuk da ondandır" dese, kadın onu doğrulasa, söz konusu kişi de bunu ikrar etse, çocuğun nesebi yine de kadının kocasına ait olur.

Kocanın çocuğun nesebini inkar edip, kadının da doğrulaması

Çünkü yatak hakkına sahip olan odur. Nesebin sabit olması da yatak hakkına bağlıdır. Nikah yoluyla yatak hakkı sabit olduktan sonra eşlerin karşılıklı lanetleşmeleri (liân) olmadıkça son bulmaz. Bizim meselemizde kadının kendi aleyhine zinayı ikrar etmesiyle eşler arasında lanetleşme söz konusu değildir. Aynı şekilde nikah geçersiz olduğunda da hüküm böyledir. Çünkü nesep hükmü açısından geçersiz nikah geçerli nikah gibi değerlendirilir.

Aralarında evlilik yasağı bulunan erkek ve kadının evlenmeleri

Bir kimse evlenmesi helal olmayan bir kadınla evlense, kadınla birlikte bir evde kalıp, evin kapısını ve örtülerini kapatsa, sonra da hakim aralarını ayırsa, erkeğin mehir ödemesi gerekmez.

Çünkü geçerli bir evlilik akdinde geçerli halvet[58], cinsel birleşmenin mümkün olması nedeniyle mehri gerekli kılar. Oysa geçersiz nikahta bu durum bulunmaz. Geçersiz nikahta erkeğin kadınla birleşmesi dinen mümkün değildir. Bu nedenle halvet dikkate alınmaz. Evlenmenin üzerinden altı ay geçmeden kadın bir çocuk doğursa, nesebi erkeğe ait olur. Bazı nüshalarda "erkekle kadın bir eve girip erkeğin kapıyı kapatmasının üzerinden altı ay geçmeden..." şeklinde yer almaktadır. Çünkü geçersiz nikah, nesep hükmü bakımından geçerli nikaha kıyas edilir. Dinde geçersiz nikahın hükmü yer almadığı için, hükmü bilinmez. Bu durumda onu geçerli (sahih) nikaha kıyas etmekten başka yol yoktur. Geçerli nikahta erkeğin kadınla evlenmesinin üzerinden altı ay geçtikten sonra kadın doğum yapsa, çocuğun nesebi kocaya ait olur. Geçersiz nikahta da böyledir. Nesep erkeğe ait olunca, erkeğin kadınla birleştiğine hükmetmiş oluruz. Dolayısıyla kadına mehir ödemesi gerekir. Burada, kadın ve erkeğin birlikte bulunduğu evin kapısının kapatılmasının üzerinden altı ay geçmesinin dikkate alınmasında bir sorun yoktur. Çünkü cinsel birleşme imkânı, hükmen bulunmasa da, gerçekte bununla meydana gelebilir. Kadınla evlenmenin üzerinden altı ay geçmesinin dikkate alınması da, geçersiz nikahın geçerliye kıyas edilmesi kuralına göre doğru bir hükümdür.

[17/156]

Nesebin sübutu için karı-kocanın fiilen birleşmelerinin koşul olup olmayışı

Biz Hanefîlerin câiz nikah konusundaki kuralımıza göre, nesep sadece nikahla sabit olan yatak hakkı ile sabit olur. Bundan başka bir de cinsel birleşme imkânının bulunması koşulu aranmaz.

Şafiî (rh.a.)'ye göre birleşme imkânı bulunmaksızın yalnızca nikah ile nesep sabit olmaz. Geçersiz nikahta da böyledir.

Bu nedenle bir kimse aralarında bir yıllık yürüme mesafesi bulunan bir kadınla evlense ve altı ay sonra bir çocuk doğursa biz Hanefîlere göre çocuğun nesebi sabit olur. Şafiî'ye göre ise nikah akdinden sonra cinsel birleşme imkânının elde edilmesinden itibaren altı aydan daha uzun bir zaman geçmedikçe nesep sabit

---

[58] **Halvet / الخلوة:** Sözlükte; bir kimse ile bir yerde yalnız kalmaktır. Yalnız kalınan mahal için de kullanılır. Dini bir terim olarak ise; bir erkek ile bir kadının kendilerinden izin alınıp girilemeyecek bir yerde baş başa kalmalarıdır.

olmaz. Onun bu konudaki delili şudur: Burada çocuğun, kadının evlendiği erkeğin sperminden oluşmadığını kesin olarak biliyoruz. Dolayısıyla nesep de ona bağlanmaz. Nitekim kocanın küçük (çocuk) olması durumunda da böyledir. Bu hükmün gerekçesi şudur: Nesebin sabit olmasının gerçek nedeni, çocuğun, kişinin sperminden yaratılmış olmasıdır. Bu gizli bir durum olup bilinmesi mümkün değildir. Yine gerçekten cinsel birleşme olup olmadığı da birleşenler dışındakilerce bilinemez.

Şu halde hükmü buna bağlamakta bir zorluk vardır. Ancak cinsel birleşme imkânının bulunması açık (objektif – herkesçe bilinebilir) bir neden olduğundan hüküm ona bağlanır. Bu nedenle bunu dikkate almak gerekir. (Biz Hanefîlere göre ise nesebin ispatı için yalnızca nikah akdini dikkate almak gerekli ve yeterlidir). Çünkü gerçek anlamda cinsel ilişkiyi dikkate alma hükmü zaruret nedeniyle düşmüştür. Zaruret kendi miktarınca belirlenir. Ayrıca kadın çocuğu, çocuğun nesebinin erkeğe bağlanabileceği bir zamanda erkeğin yatak hakkı altında iken doğurmuştur. Bu nedenle cinsel ilişki kurmaları mümkünken, kadın ve erkek birleşmenin olmadığı konusunda görüş birliği durumunda olsalar bile, nesep erkeğe ait olur. Nikahın meşru olma nedeni, yalnızca istifraş (cinsel birleşme) hakkı ve nesil sahibi olmaktır. Yatak hakkı bizzat nikahla sabit olur. Ancak bu, baba olmaya elverişli bir kimse hakkında geçerlidir. Küçük çocuk baba olmaya elverişli olmadığından, onun evlenmesi durumunda nikah akdi, konusu bulunmadığı için nesep konusunda işlerlik kazanmamıştır. Kayıp olan bir kimse ise, tıpkı hazır bir kimse gibi baba olmaya elverişlidir. Bu nedenle nikah akdi ile nesebi ispat eden yatak hakkı erkek hakkında sabit olur. Nasıl ki gebeliğin erkeğin (kocanın) sperminden meydana geldiği kesin olarak bilinemezse, insanların tabiatlarının ve zamanların cinsel birleşme konusunda farklılık göstermesi nedeniyle gerçek anlamda cinsel birleşme imkânının bulunup bulunmadığı da kesin olarak bilinemez. Dolayısıyla hükmün görünür nedene yani dinen yalnızca bu amaç için gerçekleştirilen nikaha bağlanması gerekir. Açık olan neden, gizli olan durumun yerini aldığında, artık gizli durumun dikkate alınma zorunluluğu ortadan kalkar. Hüküm de var ve yok olma bakımından açık olan nedenle birlikte bulunur. Bu pek çok meselede genel kural hükmünde bir prensiptir. Nitekim üç günü aşan yolculuk, ruhsat konusunda gerçek olarak zorluğun bulunmasının yerine konmuştur. İstibranın[59] yeniden yapılmasının gerekli olması konusunda câriye üzerindeki mülkiyetin yenilenmesi, câriyenin rahminde başkasının sperminin bulunması yerine konmuştur. Ayrıca cinsel birleşme ve birleşme imkânı sperm açısından dikkate alınır. Oysa nesebin ispat edilmesi için gerçek anlamda spermin

[59] **İstibrâ /الاستبراء:** Câriyenin rahminde çocuk bulunmadığının anlaşılması için, câriyeye yeni sahip olan efendinin onunla ilişki kuramaması.

[17/157]

dikkate alınması söz konusu değildir. Onun için cinsel birleşme ve birleşme imkânına sperm için itibar etmek gereklidir. Spermin gerçekten yumurta ile birleşmiş olması, nesebin sübutu için aranamaz.

Nesebi inkardan sonra ikrar

Bir kimse, bir kadının elinde bulunan çocuk için "bu benim zina ürünü oğlumdur", kadın ise "nikahtan doğan çocuğundur" dese, bundan sonra adam "çocuk nikahtan doğmuştur" dese, çocuğun nesebi ona ait olur.

Çünkü ilk söz çocuğun nesebini kendisinden reddetmektir. İkinci sözü ise nesep iddiasında bulunmaktır. Nesebin reddinden sonra iddia edilmesi geçerli olur. Nesep sabit olduktan sonra reddedilmeye elverişli değildir. Bu nedenle reddedildikten sonra nesep daha önceki durumunda kalmaya devam eder. Ayrıca kadın adam için nikah ikrarında bulunmuş, o da bunu kabul etmiştir. Bununla taraflar arasında nikah sabit olur. Nikahın sabit olmasıyla da çocuklarının nesebi erkeğe bağlanır.

Erkek kadına "bu çocuk seninle aramızda olan nikahtan doğan oğlumdur", kadın "senin zinadan doğan oğlundur" dese, erkeğin iddia ettiği yatak hakkını kadının inkar ettiği için, çocuğun nesebi sabit olmaz. Kadın bundan sonra "bu benim nikahtan doğan oğlumdur" dese, çocuğun nesebi erkeğe bağlanır. Çünkü kadın inkardan sonra nikahı ikrar etmiştir. İnkarın ardından yapılan ikrar geçerlidir. Erkekle kadın arasında nikah sabit olunca, çocuğun nesebi de onlara ait olur.

Özgür bir kimsenin özgür karısı doğum yapsa, koca çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, kadın onu yalanlasa veya kadın çocuğun kocasına ait olduğunu iddia etse kocası yalanlasa, kadın evliliğinin ardından altı ay geçtikten sonra çocuğu doğurmuşsa, taraflar arasında nesebin nedeni olan yatak hakkı açıkça bulunduğu için çocuğun nesebi kocaya ait olur. Koca "bu çocuk senin daha önceki kocandandır" dese, kadın "aksine o sendendir" dese, çocuk şimdiki kocaya ait olur. Çünkü taraflar arasında var olan nesebin nedeni yani yatak hakkı açıkça bilinmektedir. Erkeğin iddiası ise bilinmemektedir. Hüküm bilinmeyen nedene değil görünürde bilinen nedene bağlanır.

Koca, "bu çocuk zinadan doğmuştur" der, kadın da onu doğrularsa, çocuk kocanın oğlu olur.

Çünkü nesep nikahtan doğan yatak hakkı nedeniyle kocaya ait olmuştur. Bu, ancak lanetleşme ile kopar. Kadının, kocanın zina iddiasını doğrulaması durumunda, taraflar arasında lanetleşme olmaz. Kadın, kocanın iddiasını inkar ederse, aralarında lanetleşme yapılması gerekir. Lanetleşme ile çocuğun nesebi kocaya bağlanmaz.

Bir kimse karısının doğurduğu çocuk öldükten sonra veya lanetleşmeden önce çocuk sağ iken nesebi reddetse çocuk ona ait olur, reddedemez.

Çünkü nesep firâş nedeniyle kendisine aittir. Bu çocuğun ölümüyle kesinleşmiştir. Kesinleşmesinden sonra reddedilmesi düşünülemez. Çünkü ölmüş olan kişi, başlangıçta nesebinin iddia yoluyla ispat edilmesine elverişli olmadığı gibi, sabit olan nesebinin lanetleşme yoluyla reddedilmesine de elverişli değildir. Her iki hüküm de (nesebin sabit olması da reddedilmesi de) buna elverişli bir konunun olmasını gerektirir. Aynı şekilde çocuğun kabulünden sonra da nesep reddedilemez. Çünkü biz, babanın çocuğundan, ya kendisi ya da varsa malı karşılığında miras alacağına hükmettik. Nesebe hükmedildikten sonra bunun geri çevrilmesi mümkün değildir.

Kadının bir çocuğu olsa ancak çocuk kocasının elinde olmasa, kadın "ben daha önceki kocamdan, bu çocuğu doğurduktan sonra seninle evlendim" dese, koca "hayır sen benim nikahımda iken benden doğurdun" dese çocuk şimdiki kocanın oğlu olur.

Çünkü belirttiğimiz gibi karı koca arasında objektif olarak nesebin nedeni olan yatak hakkı bulunmaktadır. Kadının iddiasına konu olan şey ise kesin olarak bilinmemektedir. Bu nedenle çocuğun nesebi, açıkça bilinen nedene bağlanır. Çocuk kadının değil de erkeğin elinde olursa ve erkek "bu benim başka bir kadından doğan oğlumdur," kadın ise, "bu benim senden doğurduğum oğlumdur" dese, önceki meselenin aksine burada kocanın sözü kabul edilir. Kadının sözü kabul edilmez. İki mesele arasında iki açıdan fark bulunmaktadır. Birincisi; karı-koca arasında yatak hakkının bulunması kocanın başka bir kadın üzerinde nikah veya câriyelik yoluyla yatak hakkı bulunmasını engellemez. Çocuk adamın elinde bulunduğunda, hangi firâş hakkından olursa olsun çocuğun nesebi ona ait olur. Çocuk üzerinde kadının nesebinin sabit olmasına gelince, adamın kadın üzerindeki yatak hakkının varlığı, onun üzerinde başka bir erkeğin hakkının varlığına engeldir. Burada kadın üzerinde başka bir yatak hakkı meydana çıkmıştır. Bu yatak hakkı ile kocanın hak sahibi kadınla birlikte çocuk üzerinde nesebi sabit olur. Çünkü kadın, kocanın elindedir. Kadının elinde bulunan çocuk da bir bakıma kocasının elinde gibi kabul edilir. Koca ise karısının elinde değildir. Dolayısıyla kocanın elinde bulunan şey karısının elinde de bulunmuş sayılmaz. Bu nedenle kadının sözü kabul edilmez. [17/158]

Koca, karısının çocuğunun nesebini reddetse, karı koca arasında hakim huzurunda lanetleşme yapıldıktan sonra, taraflar ayrılmadan ve nesebin koca ile bağlantısı koparılmadan önce karı kocadan biri ölse, çocuğun nesebi kocaya ait olur.

Çünkü hakim nesebi kocadan kesmedikçe lanetleşme doğrudan doğruya nesebi kesmez. Lanetleşme nesebin kesilmesini gerektirmez. Taraflardan biri ölünce, nesebin koca ile bağının koparılmasından önce, başlangıçta bulunması durumunda, lanetleşmenin gerçekleşmesine engel olacak bir durum meydana

gelmiş olur. Bu durum nesebin kocadan ayrılmasına engel olur. Nesep hükmü, çocuğun ölümüyle kesinleştiği gibi, babanın ölümüyle de kesinleşir. Çünkü çocuk ondan miras almaya hak kazanır.

İkizlerden birinin nesebinin ispatı, diğerinin de ispatı olması

Bir kadın ikiz çocuk doğursa, koca bunlardan birini öğrenerek nesebini reddetse, karısı ile lanetleşme yapsa, hakim bu çocuğun nesebini anaya bağlasa, karı koca arasını ayırsa, daha sonra koca diğer çocuğu öğrense, her iki çocuk da onun oğlu kabul edilir.

Çünkü iki çocuğun nesebi yatak hakkı nedeniyle kendisine bağlanmıştır. Taraflar arasında lanetleşme, kocanın reddettiği çocuk üzerinde gerçekleşmiştir. Diğer çocuğun nesebi ise daha önce olduğu üzere sabit olarak kalmıştır. Hakim tarafları ayırdığından, kocanın ayrılıktan sonra diğer çocuğun nesebini reddetmesi mümkün değildir. Çocuklardan birinin nesebinin sabit olması, diğerinin nesebinin de sabit olmasını gerektirir. Onlar ikizdir. Şu durum da bunu desteklemektedir: Çocuklardan birini asıl kabul edip diğerini ona katmaktan başka yol yoktur. Lanetleşme ile nesebi kesilen çocuğun nesebinin, kocanın kendini yalanlaması durumunda yeniden sabit olması olasıdır. Ayrılık sonrasında, nesebi sabit olarak kalmaya devam eden çocuğun nesebi ise, reddedilmeye elverişli değildir. Bu çocuğu asıl kabul etmek daha önceliklidir. Ayrıca şüpheli durumlarda nesep sabit olur. Yalnızca şüphe ile nesep bağı kopmaz. Şüpheli yönü tercih etmek daha önceliklidir.

Koca, karısı ile ayrılmadan önce ikinci çocuğu öğrenerek nesebini reddetse, hakim lanetleşmeyi tekrarlatır. Her iki çocuğun nesebini anasına bağlar.

Çünkü ikinci çocuk reddedildiği sırada eşler arasında nikah devam etmektedir. Dolayısıyla ilk çocukta olduğu gibi ikincinin nesebinin kesilmesi için taraflar arasında lanetleşme yapılır. Hakimin eşleri ayırmasından sonra, koca, çocuğun nesebini iddia ederek kendini yalanlarsa çocuğun nesebi kendisine bağlanır. Bu, kocanın hakkına bağlı olan bir reddetmedir. Bu yüzdendir ki o çocuğun nesebini başkası iddia etse, nesep ona bağlanmaz. İnkardan sonra koca çocuğun nesebini ikrar ederse, ikrarı geçerli olur. Kendisine zina iftirası cezası uygulanması gerekir. Çünkü o, muhsan (iffetli) olan karısına zina suçlamasında bulunduğunu ikrar etmiştir. Kadının dâva açması durumunda kocaya zina iftirası cezası uygulanır. Bu hüküm, ana ister hayatta olsun, ister ölmüş olsun, çocuğun sağ olması durumunda geçerlidir. Çocuk ölüp de bir miras bıraktıktan sonra baba çocuğun nesebini iddia etse, sözü kabul edilmez. Çünkü baba burada gerçekte nesep ikrarında değil, mal iddiasında bulunmaktadır. Çocuk öldükten sonra artık nesep yoluyla onur sahibi olmasına ihtiyaç kalmamıştır. Kişi dâvasında çelişkiye düşmemiş olsa bile, yalnızca iddiada bulunmakla mala hak kazanamaz. Dâvasında çelişkiye düştüğünde, öncelikle mala hak kazanamaz. Ancak lanetleşme yapan kadının oğlunun geride oğlu veya kızı varsa, babanın sözü kabul edilir. Çünkü bu

[17/159]

durumda o nesep iddiasında bulunmaktadır. Şöyle ki; oğlunun çocuğu, tıpkı lanetleşme yapan kadının çocuğu gibi ikrarda bulunan kişiye bağlanır. İkrar geçerli olunca kendisine zina iftirası cezası uygulanır. O da oğlunun mirasını alır. Özetle söylemek gerekirse lanetleşmede bulunan kişinin kendini yalanlaması durumunda nesep asıldır: Nesebi reddedilen hayatta olması veya ölü olup da geride çocuğunun kalması suretiyle onun için hüküm vermek mümkün olursa, nesebin ikrarda bulunan kişiye ait olduğuna hükmedilir. Sonra bunun ardından miras hükmü gelir. Nesebi reddedilen çocuğun, geride çocuk bırakmadan ölmesi durumunda, onun nesebinin ikrarda bulunana ait olduğuna hükmedilmez. Eğer ikrarda bulunanın miras olan malı almasına hükmedilirse, yalnızca nesep iddiasına dayanarak hüküm verilmiş olur. Mal ise yalnızca iddia ile hak edilmez.

Nesebi reddedilen çocuk kız çocuğu olsa, geride bir oğul bırakarak ölse, lanetleşmede bulunan koca daha sonra kendisini yalanlasa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre sözü kabul edilmez. Kıza mirasçı olamaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre sözü kabul edilir. Kendisine kazif haddi vurulur. Kıza mirasçı olur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in delilleri şudur: Kız, geride çocuk bırakarak ölmüştür. Çocuk babasına bağlandığı gibi anasına da bağlanır. Babasının onuruyla onurlandığı gibi, anasının onuruyla da onurlanır. Böylelikle her iki açıdan (hem ana hem baba tarafından) onurlu olur. Ananın babası tıpkı babanın babası gibi mecazen "baba" diye isimlendirilir. Önceki meselede, ölenin çocuğunun bulunması ölenin hayatta olması gibi kabul edildiği gibi, aynı durum burada da geçerli olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Burada kişinin sözü nesep ikrarı değil, mal iddiası taşımaktadır. Çünkü çocuğun nesebi annesinin değil, babasının soyuna bağlıdır. Görmez misin Resûlüllah (s.a.v.)'ın oğlu İbrahim bu nedenle Kıptî (çingene) değil, Kureyşlidir. Yine halifelerin câriyelerden doğma çocukları halifeliğe elverişlidir. Bu anlamda şöyle denmiştir:

'İnsanların anaları emanet kaplardır,

Neseplerin bağlanması için ise babalar vardır'.

Lanetleşmeyle nesebi reddedilen bir erkek, lanetleşme yapanın kızıyla evlenememesi

Çocuğun lanetleşmede bulunan kocaya bağlanması mümkün olmayınca, ölen kızın geride çocuğunun bulunup bulunmaması eşittir. Lanetleşmede bulunanın kendini yalanlaması işe yaramaz. Daha önce açıkladığımız oğlun oğlunun bulunması konusu ise bundan farklıdır". Lanetleşmede bulunanın oğlu, nesebi reddedilen kızla evlenmek istese bunu yapamaz. Evlenirse hakim ikisini ayırır. Çünkü lanetleşmeden önce kız, lanetleşmede bulunanın oğlunun kız kardeşi idi. lanetleşme ile bu durum tamamıyla ortadan kalkmamıştır. Lanetleşmede bulunan kendini yalanlarsa, kızın nesebi ona ait olur. Kız, evlenmek isteyen oğlun kız

kardeşi olur. Evlenilecek kadının erkeğin kız kardeşi olma şüphesinin bulunması, nikahı engelleme bakımından gerçekten kız kardeş olması gibidir.

Yine lanetleşmede bulunanın kendisi "ben bu kızın anası ile ilişkide bulunmadım" dese, kızla evlense hakim ikisini ayırır. Çünkü kız daha önce onun kızı idi. Lanetleşmeden sonra kızın nesebinin onunla bağlantısı ortadan kalkmıştır. Erkek açısından kızın nesebi bağlı olarak durmaktadır. Erkek onun nesebini iddia ederse iddiası geçerli olur. Evlenmek istediği kadının kendi kızı olması şüphesi evliliği engelleme bakımından gerçekten kendi kızı gibidir.

Bu konuda Şafiî (rh.a.)'ye dayandırılan iki görüş bulunmaktadır: Birincisine göre erkek, Şafiî mezhebine göre zina edenin zinadan doğma kızı ile evlenebilmesi durumunda olduğu gibi, burada da nesebini reddettiği kızla evlenebilir. Bu mesele "nikah" konusunda ele alınan, bilinen bir meseledir. İkincisi ise bizim görüşümüz gibidir. Çünkü burada nesep erkeğin hakkına bağlıdır. Zina yoluyla kendi sperminden yaratılan kızdan farklı olarak burada erkek kızın nesebini iddia ederse kızın nesebi kendisine ait olur.

Boşanan bir kadının çocuk doğurması

Bir kimse karısını boşadıktan sonra kadın iki çocuk doğursa bu durumda farklı olasılıklar söz konusudur: Boşama ric'î (kolay dönüşlü) olabileceği gibi bâin (kesin) de olabilir. Her bir boşama türünde de üç olasılık söz konusudur: Kadın çocukları ya iki yıl dolmadan önce ya dolduktan sonra doğurmuş olabilir. Yahut birini iki yıldan bir gün önce doğurmuştur. İddetini bitirdiğini ikrar etmemiştir. Kadın çocuklardan birini doğurduğunda kocası çocuğun nesebini reddetmiş, daha sonra da kadın ikinci çocuğu doğurmuştur. Bu durumda her iki çocuk kocanın **[17/160]** oğullarıdır. Kocaya had cezası vurulması gerekmediği gibi, eşler arasında lanetleşme de yapılmaz. Çünkü koca, karısının doğurduğu çocuğu reddettiğinde aralarında nikah vardı. Bu nedenle lanetleşme yapmaları gerekli olmuştu. Fakat kadın diğer çocuğu doğurunca karnında olan çocukların tümü doğmuş olmakla iddeti tamamlanmıştır. Kadın, kocaya yabancı birisi olduktan sonra taraflar arasında lanetleşme uygulanmaz. Lanetleşmeyi gerektiren zina suçlaması cezayı gerektirmez. Bu nedenle çocukların nesebi kocaya ait olur.

Kadın, çocukları, boşamanın üzerinden iki yıldan fazla bir zaman geçtikten sonra doğurur, koca da çocukları reddederse, eşler arasında lanetleşme yapılır. Çocukların koca ile bağlantısı kesilir. Çünkü bu durumda biz kadının her iki çocuğa gebe kalmasının boşamadan sonra gerçekleştiğini kesin olarak biliriz. Öyleyse kocası karısına yeniden dönmüş demektir. Kadının iki çocuğu da doğurmasıyla bekleme süresi (iddet) tamamlanmış olmaz. Koca karısı ile nikahlı olduğundan, çocukların nesebini reddettiğinde, aralarında lanetleşme uygulanır.

Şöyle bir itiraz olursa; "Kocanın karısına geri döndüğüne hükmettiğimizde çocukların nesebinin de kocaya ait olduğuna hükmetmiş oluruz. Bundan sonra lanetleşme ile çocukların nesebini kocadan ayırmak nasıl mümkün olabilir?". Şöyle

cevap veririz: Kocanın karısına döndüğüne hükmetmek, kadının doğurduğu çocuğun kocadan olduğuna hükmetmeyi gerektirmez. Dönmek (rec'at) cinsel ilişki olmaksızın şehvetle bakmakla ve evin kapılarını kapatmakla da olur.

Koca iki çocuktan birini reddedip ikinciyi kabul etse, her ikisi de kendisinin oğlu olur. Kocaya zina iftirası cezası uygulanması gerekir. Çünkü çocuklar ikiz olduğundan onların birinin nesebini ikrar etmek, her ikisini ikrar etmek anlamına gelir. Bu, kocanın eşinden ayrıldıktan sonra kendini yalanlamasıdır. Bu nedenle ona zina iftirası cezası vurulur.

Kadın iki çocuktan birini iki yıl dolmadan, diğerini iki yıldan sonra doğurursa, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hüküm ilk meseledeki gibidir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise ikinci mesele ile aynıdır.

Muhammed (rh.a.)'in delili şudur: Biz ikinci çocuğun, boşama sonrasında meydana gelen bir döllenmeden meydana geldiğini kesin olarak biliriz. Çünkü çocuk ana karnında iki yıldan daha fazla kalmaz. Bu durumda ilk çocuk konusunda şüphe etmekteyiz. Onun ana rahmine düşmesi boşama sonrasında gerçekleşmiş olabileceği gibi öncesinde de gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda kesin olarak bilinen değil şüpheli olan esas alınır. Çünkü kesin olarak bilinen şey asıl kabul edilip, şüpheli ona döndürülür.

Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle der: Kadın ilk çocuğu iki yıldan önce doğurunca, biz onun ana rahmine düşmesinin boşama öncesinde gerçekleştiğine hükmederiz. Görmez misin kadın bundan başka çocuk doğurmasaydı, çocuğun ana rahmine düşmesinin boşama öncesinde gerçekleştiğine hükmedilirdi. Bu hüküm, ikinci çocuğun doğumunun gecikmesiyle değişmez. Ancak ilk çocuk asıl alınır. Kadın her ikisini de iki yıldan önce doğurmuş gibi kabul edilir. Çünkü bir çocuk, kendisi ile birlikte ana karnını paylaşan bir başka çocuk bulunmadıkça, ana karnında iki yıldan daha fazla durmaz. Bir başka çocuğun bulunması durumunda ise ikincinin doğumu vaktini geçebilir. Bu, o çocuğun ana rahmine boşamadan sonra düştüğünü göstermez. Bu nedenle ilk çocuğu asıl kabul ettik.

Boşama bâinse (kesinse) veya üç kere olursa bakılır: Kadın çocukları iki yıldan önce doğurmuşsa kocanın çocukları reddetmesi ile kendisine zina iftirası cezası uygulanması gerekir. Çocuklar kendisinin oğlu olur. Çünkü koca, kadına zina suçlamasında bulunduğunda, eşler arasında nikah yoktur. Bu nedenle kocaya ceza uygulanır. Kadın çocukları, ana rahmine düşmelerinin boşamadan önce olmasını aklın mümkün gördüğü bir sürede doğurmuştur. Bu nedenle çocukların nesebi kocaya ait olur.

Kadın çocukları boşamadan iki yıl dolduktan sonra doğurursa, nesebi kocaya ait olmaz. Çünkü onların ana rahmine düşmesi eşlerin ayrılmasından sonra olmuştur. Koca onların nesebini reddederse ona ceza uygulanmaz. Eşler arasında lanetleşme de yapılmaz. Çünkü kocanın sözü doğrudur.

[17/161] Kadın çocuklardan birini iki yıldan bir gün önce diğerini de iki yıldan bir gün sonra doğursa, daha önce belirttiğimiz gibi Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bununla ilk meselenin hükmü aynıdır. Muhammed (rh.a.)'e göre ise bununla ikinci meselenin hükmü aynıdır.

Koca, karısı ile ilişkide bulunduktan sonra bir kesin (bâin) talakla onu boşasa, sonra tekrar evlense, kadın altı ay geçmeden bir çocuk doğursa, koca onun nesebini reddetse, aralarında şu an nikah olduğu için eşiyle lanetleşme yapar. Çocuğun nesebi babaya bağlanır. Çünkü biz çocuğun ana rahmine ikinci nikahtan önce düştüğünü kesin olarak bilmekteyiz. Şu halde çocuk ilk nikah sırasında olmuştur. Bundan sonra eşlerin ayrılmasıyla nesep bir daha reddolunması mümkün olmayacak şekilde koca üzerinde sabitleşmiştir. Koca karısı ile ikinci defa evlendikten sonra altı aydan uzun bir zaman geçmesinin ardından kadın doğum yaparsa, koca çocuğun nesebini reddettiğinde kadın ile lanetleşme yapar. Çocuğun nesebi anaya bağlanır. Çünkü eşler arasında ilişkinin helal olması devam etmektedir. Kadının gebe kalması da en yakın vakte bağlanır. Bu da ikinci nikahtan sonradır. Koca, çocuğun nesebini reddettiğinde lanetleşme ile nesep bağı kocadan ayrılır.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

DOĞUM VE DOĞUMA TANIKLIK

İki tanığın farklı konularda tanıklığı

Bir câriye doğum yapsa ve efendisinin bu çocuğun nesebini ikrar ettiğini iddia etse, efendisi ise bunu inkar etse, efendinin ikrarda bulunduğuna bir kişi, başka bir kişi de çocuğun, efendi câriye üzerinde yatak[60] hakkına sahip iken doğduğuna tanıklık etse, tanıklar tanıklık ettikleri konu üzerinde görüş ayrılığına düştüğünden tanıklıkları kabul edilmez.

Çünkü tanıklardan birisi söze yani ikrara diğeri ise fiile yani yatak (firâş) hakkı altında iken çocuğun doğduğuna tanıklık etmektedir. Bu konulardan her biri için ayrı ayrı iki tanık bulunmamaktadır.

İki kişinin ikrara tanıklığı

Her iki kişi efendinin ikrarda bulunduğuna ve çocuğun, câriye, efendinin yatak hakkı altında iken doğduğuna tanıklık etseler bu tanıklık geçerli olur.

Çünkü iki kişi ikrara tanıklık etseler, ikrarın tanıklarla sabit olması tıpkı gözle görme yoluyla sabit olması gibidir. Tanıklar doğuma tanıklık etseler, çocuğun nesebini efendiye bağlayan nedene tanıklık etmiş olurlar.

---

[60] Bu bölüm boyunca sıkça tekrarlanan "firâş hakkı" ile, kocaya nikah nedeniyle eşi ile, efendiye de câriye üzerindeki mülkiyeti nedeniyle câriyesi ile cinsel birleşme imkanı tanıyan hukukî statü kastedilmektedir.

Efendi zimmî, câriye Müslüman olsa, iki zimmî efendi hakkında bu şekilde tanıklık etseler bu geçerli olur.

Çünkü bu, efendinin aleyhine yapılan bir tanıklıktır. Zimmet ehlinin birbiri aleyhine tanıklığı geçerli bir delildir.

Efendi dâvacı, kadın inkarcı konumunda ise, kadının Müslüman olması nedeniyle iki zimmînin kadın aleyhine tanıklıkları geçerli olmaz. Bu mesele "kadın, efendinin kölesi olduğunu inkar ediyorsa" şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü kadın bunu ikrar ediyorsa efendi kendiliğinden kadının çocuğunun nesebini iddia edebilir. Kadının onu yalanlaması dikkate alınmaz. İki tanık Müslüman olsalar, efendinin babası ve dedesi efendinin nesep iddiasında bulunduğuna tanıklık etseler tanıklık geçerli olmaz. Çünkü onlar çocuk lehine bir nedene tanıklık etmektedirler. O çocuk ise oğullarının oğludur. Bir kimsenin oğlunun oğlu lehine tanıklığı kabul edilmez. Efendinin iki oğlu bu konuda tanıklık etse, efendinin inkarı durumunda oğullarının tanıklığı kabul edilir. Çünkü onlar babaları aleyhine, kardeşleri lehine tanıklık yapmaktadırlar. Kişinin babası aleyhine, kardeşi lehine tanıklığı kabul edilir. Yalnızca babası lehine tanıklığı kabul edilmez.

Geçersiz nikahla evlilikten doğan çocuğun nesebi

Bir kadın kocasından boşandıktan sonra iddet beklese, sonra geçersiz bir nikahla evlense, sonraki kocasından sağ bir çocuk doğursa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, kadın ikinci koca ile evlendikten sonra ister altı aydan az isterse daha çok süre geçmiş olsun çocuk ilk kocanın olur. Çünkü geçerli yatak hakkının sahibi ilk kocadır. Kocanın çocuğun nesebini reddetmesi yatak hakkını ortadan kaldırmaz. İkinci koca ise geçersiz / fâsid yatak hakkına sahiptir. Geçerli ile geçersiz arasında hiçbir şekilde denklik olmaz. Aksine geçerli geçersizi ortadan kaldırır. Bu meselede kadın ilk kocasına döndürülür. Çocuğun nesebi de ilk kocaya ait olur. Bu şuna benzer: Bir kimse câriyesini, evlendirse daha sonra câriye doğum yapsa, efendi çocuğun nesebini iddia etse bile, çocuğun nesebi efendiye değil kocaya ait olur. Çünkü yatak hakkı konusunda milk-i yemin (câriye mülkiyeti) nikaha denk olamaz (karşı duramaz). Aksine geçerli yatak hakkı câriye ile evli olan kişiye aittir. Bizim meselemizde de öyledir. Hatta bizim meselemizde yatak hakkının ilk kocaya ait olması daha önceliklidir. Çünkü diğer meselede câriye mülkiyeti tek başına câriye ile birleşmeyi helal kılar. Geçersiz nikah ise, tek başına bulunduğunda birleşmeyi helal kılmaz.

17/162

İlk koca ile diğer koca çocuğun nesebini reddetse veya bunların biri reddetse, yahut her ikisi de çocuğun nesebini iddia etse, yahut da birisi iddia etse, her durumda çocuğun nesebi ilk kocaya ait olur. İlk kocaya ceza uygulanmaz. Onunla karısı arasında lanetleşme de yapılmaz. Çünkü ikinci koca geçersiz nikah akdine dayanarak kadın ile ilişkiye girdiğinde kadın muhsan olma niteliğinde değildir. Bu nedenle kadın ile ilk koca arasında lanetleşme yapılmaz. Nesep bağı nikah ile sabit olduğunda ancak lanetleşme ile ortadan kalkar.

İbn Ebû Leyla şöyle dedi: "Çocuk ikinci kocaya ait olur. Çünkü geçersiz yatak hakkı tıpkı geçerli yatak hakkı gibi hatta daha kuvvetli bir şekilde nesebi ispat eder. Öyle ki geçersiz nikah ile nesep, reddetmekle ortadan kalkmayacak şekilde sabit olur. Ayrıca ikinci koca zilyetlik bakımından kadına daha yakındır. Çocuk gerçek anlamda onun sperminden oluşmuştur. Bu yüzden ikinci kocanın kadına daha yakın olması ve çocuğun onun sperminden oluşması nedeniyle o ilk kocaya üstün olur".

Ebû İsme'in İsmail b. Hammad'dan, onun Abdülkerim el-Cürcâni'den onun da Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivayet ettiğine göre; İbn Ebû Leyla'nın görüşünde olduğu gibi çocuğun nesebi ikinci kocaya ait olur. Bu rivayette Şa'bî'nin hadisi bulunmaktadır. Muhammed (rh.a.) bunu "el-Asl"da şu şekilde belirtmiştir: "Cu'fe' den bir adam kızını Ubeydullah b. el-Hür ile evlendirdi, daha sonra öldü. Ubeydullah, Muaviye (r.a.)'nin ordusuna katıldı. Kızın erkek kardeşleri onu başka biriyle evlendirdiler. Daha sonra Ubeydullah b. el-Hür gelerek o kadının sonradan evlendiği kocasını Ali (r.a.)'ye dâva etti. Ali (r.a.), ona "Sen bizim aleyhimize düşmanımıza (Muaviye'ye) yardım ediyorsun değil mi?" dedi. Adam "Bu durum senin bana adil davranmana engel olur mu?" dedi. Ali "hayır" dedi. Kadının ona ait olduğuna, çocuğun ise kadının sonradan evlendiği kocasına ait olduğuna hükmetti.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demiştir: "Bu hadis meşhur değildir. Bu nedenle açık kıyas bu hadisle terk edilmez. Bu hadis sabit olsa, ona göre hükmetmek gerekir".

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şu görüştedir: "Kadın ikinci koca ile evlenmesinin üzerinden henüz altı ay geçmeden çocuğu doğurursa, çocuk ilk kocaya ait olur. İkinci kocayla evlenmesinin ardından altı ay veya daha uzun bir zaman geçtikten sonra doğurursa, ister her iki koca birlikte iddiada bulunsun, ister çocuğu reddetsinler, çocuk ikinci kocaya ait olur.

Çünkü nesep hükmü bakımından geçersiz nikah, geçerli nikah gibi değerlendirilir. İkinci kocanın, birinci koca ile kadın arasındaki evliliğin arasına girmesiyle, nesep hükmü bakımından ilk nikah ortadan kalkar. Nesep hükmü ikinci kocaya ait olur. Zaman konusunda ölçü, geçersiz nikahı geçerli nikaha kıyas ederek gebelik süresinin en alt sınırı esas alınarak hesaplanır. "İkinci kocanın araya girmesiyle ilk nikahın hükmü ortadan kalkar" dedik. Çünkü İkinci kişinin ilişkiye girmesiyle kadın ilk kocasına haram olur. Kadının ikinci kocadan dolayı iddet beklemesi gerekir. İddet beklemenin gerekli olması ise ancak rahimdeki spermi korumak içindir. Nesebin ikinci kocaya bağlanması mümkün olmasaydı, kadının ikinci koca ile olan evliliğinden iddet beklemesinin bir anlamı olmazdı.

Muhammed (rh.a.)'e göre kadının ikinci koca ile cinsel ilişkide bulunmasının üzerinden iki yıldan uzun bir zaman geçtikten sonra kadın çocuk doğurursa,

çocuğun nesebi ikinci kocaya ait olur. İkinci kocanın ilişkide bulunmasının üzerinden iki yıldan az bir zaman geçtikten sonra kadın çocuğu doğurursa, çocuk ilk kocaya ait olur.

Çünkü kadının ikinci kocadan iddet beklemesi nikah değil, cinsel ilişki nedeniyledir. İlk kocanın karısı ile birleşmesinin haramlığı kadının ikinci kocadan iddet beklemesi nedeniyle meydana gelmiştir. Kadının bu nedenle ilk kocasına haram olması tıpkı boşama nedeniyle haram olması gibidir. Gebelik süresinin en azını esas almak birleşmenin helal olması durumunda geçerlidir. Oysa burada ilk eş ile kadın arasında birleşmenin helal olması söz konusu değildir. Burada dikkate alınacak olan, gebelik süresinin en üst miktarıdır. Buna göre kadın ikinci koca ile ilişkide bulunmasının ardından iki yıl geçmeden çocuk doğurursa, bu çocuğun, kadının ikinci kocası ile ilişkide bulunmasından önce ilk kocasına helal olduğu sırada meydana gelen ilişkiden meydana geldiği düşünülebilir. Bu yüzden çocuğun nesebi ilk kocaya ait olur. Kadın, çocuğu iki yıldan sonra dünyaya getirirse bu olasılık ortadan kalkar. Nesep de ikinci kocaya ait olur. [17/163]

Bir kadın savaşta esir alınsa, daha sonra harp ehlinden (düşman ülke vatandaşından) bir erkekle evlense, doğum yapsa, aynı görüş ayrılığı bu konuda da bulunmaktadır. Yine bir kadın kocasının kendisini boşadığını iddia edip iddet bekledikten sonra evlense, ilk koca bunu inkar etse, bu durumların tümü gerçekte (işin özü bakımından) birbirine eşit durumlar olup, çözümü yukarıdaki mesele ile aynıdır.

Bir kimsenin câriyesi doğum yapsa, sahibi, çocuk ölünceye kadar çocuğun nesebini reddetmese, nesep kendisine bağlanır. Bundan sonra nesebi reddedemez. Bu meselede söz konusu olan câriye "ümmü veled" olarak anlaşılmalıdır. Çünkü ümmü veledin çocuğunun nesebi yatak hakkı ile sabittir. Bu, nesebin reddedilmesinden önce çocuğun ölümüyle kesinleşir. Mutlak câriyenin çocuğunun nesebi ise ancak efendinin iddia etmesiyle sabit olur. Efendinin iddiada bulunmasından önce çocuk ölürse, çocuğun nesebi efendiye ait olmaz. Ancak çocuğun doğumu ile efendi tebrik edilmiş ve o da bu tebrikleri kabul etmişse, çocuğun nesebini iddia etmiş gibi kabul edilir. Aynı şekilde çocuk diyeti gerektiren bir suç işlese, hakim diyeti âkilesinin ödemesine hükmetse, efendi bundan sonra çocuğun nesebini reddedemez. Yine çocuğa karşı bir suç işlense, bu konuda kısas veya erşe (organ diyetine) hükmedilse bunların tümü, çocuğun nesebinin efendiye ait olduğuna hükmetme sayılır. Nesep konusunda hüküm verildikten sonra efendi reddedemez. Çünkü onun sözü, hükmü iptal etmede delil değildir.

Efendinin evlendirdiği ümmü veledin kocası ölse veya onu boşasa, kadın iddet süresini tamamlasa, iddetin bitmesinin üzerinden altı ay geçtikten sonra bir çocuk doğursa, çocuk efendinin olur.

Çünkü kadının iddetinin tamamlanmasıyla efendinin câriye ile ilişkide bulunması helal olmuştur. Efendinin yatak hakkı, câriyenin evlenmesinden önce olduğu gibi geri dönmüştür. İddet süresinin dolmasıyla nikah tüm hukukuyla birlikte ortadan kalkmıştır. Yatak hakkı hükmünün varlığını engelleyen nikah idi. Yatak hakkı efendiye geri döndükten sonra, câriyenin gebe kalmış olması, olası bir süre geçmesinin ardından doğum yapınca, nesep efendiye ait olur. Bundan sonra sürenin uzun olmaması veya neseple ilgili bir hüküm verilmemiş olması koşuluyla efendinin nesebi reddetmesi mümkündür. Bu sürenin uzamasının ne anlama geldiği "Talak" bölümünde belirtilmiştir. Burada Ebû Hanîfe (rh.a.) ile iki talebesi arasında görüş ayrılığı olduğu belirtilmekte, sürenin Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre doğumdan sonra yedi gün, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre lohusalık (nifas) süresince devam ettiği bildirilmektedir.

Efendi, ümmü veledine yaklaşmayacağına yemin etmek suretiyle onu kendisine haram kılsa, bunun ardından câriye doğum yapsa efendi nesebi reddetmedikçe çocuk ona ait olur. Çünkü efendinin câriyeyi kendisine haram kılmasıyla câriye üzerindeki yatak hakkı ortadan kalkmamıştır. Nitekim haram kılma ile nikahtan doğan yatak hakkı da ortadan kalkmaz. Üstelik yaklaşmama yeminini bozması ve kadınla ilişkide bulunması dînen teşvik edilmiştir. Allahu Teâlâ'nın şu sözü bu konu ile ilgili olarak inmiştir:

﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾

"Allah yeminlerinizi bozmanızı meşru kılmıştır" (et-Tahrîm 66/2)

Bu nedenle efendi nesebi reddetmedikçe nesep ona ait olur.

Müslüman bir kimsenin ateşe tapan (mecûsi) veya dinden çıkmış (mürted) bir ümmü veledi olsa, efendi onun doğurduğu çocuğun nesebini iddia etmedikçe veya câriye doğumu dinden çıkmış olmasının üzerinden altı ay geçmeden yapmış olmadıkça, nesep efendiye ait olmaz. Züfer (rh.a.) ise şöyle demiştir: "Efendi, çocuğun nesebini reddetmedikçe nesep ona bağlıdır. Çünkü yatak hakkının nedeni, efendinin câriyesi üzerinde mülkiyetinin bulunmasıdır. Bu da, kadının dinden çıkmasından sonra efendinin onunla ilişkide bulunması haram olsa bile devam eder. Nesebin sabit olması, ilişkinin helal olmasına bağlı değildir. Nitekim geçersiz nikahla evlenilen kadının durumunda da aynı şey söz konusudur. Efendinin câriyesini başkası ile evlendirmesi durumu bundan farklıdır. Çünkü bu durumda kocanın yatak hakkı nedeniyle efendinin câriyesi üzerindeki yatak hakkı sona ermiştir. Görmez misin bizim konumuzun aksine efendinin câriyesini evlendirmesi durumunda efendi çocuğun nesebini iddia etse, nesep kendisine ait olmaz. [17/164]

Bizim bu konudaki delilimiz ise şudur: Efendi hakkında hüsnü zanda bulunmak (iyilik düşünmek) gerekir. Nesebi ona bağlamak, onun haram olan bir

birleşmeye yöneldiğine hükmetmek anlamına gelir. Delil olmadan bunun yapılması ise câiz değildir. Efendi, çocuğun nesebini iddia ederse, haram ilişki kurduğunu ikrar etmiş olur. Bu durumda nesep kendisine ait olur. Aksi takdirde olmaz. Yine câriye dinden çıkmasının üzerinden altı ay geçmeden önce doğum yaparsa hüküm böyle olur. Çünkü biz bu durumda gebeliğin dinden çıkmadan önce meydana geldiğini kesin olarak biliriz. Bu, efendinin yaptığı işi kötüye yormak değildir.

Bir kimse elinde olan çocuğun, kendisine ait câriyeden doğma çocuğu olduğunu, câriye kendisinin yatak hakkı altında iken doğduğunu ikrar eder sonra ölürse, ardından onun çocukları babalarının söz konusu câriyeyi doğum yapmasından üç yıl önce evlendirdiğini ve câriyenin bu çocuğu kocası olan kölenin yatak hakkı altında iken doğurduğunu iddia ederler de, bu arada köle (koca), câriye ve çocuk bunu inkar ederlerse, ölenin çocuklarının bu konu hakkındaki delilleri kabul edilmez. Çocuk ölenin oğlu olarak kabul edilir. Çünkü onun nesebi efendinin ikrarı ile kendisine bağlanmıştır. Mirasçıların getirdikleri delil, nesebi red konusundadır. Bu ise kabul edilmez.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Mirasçılar bu tanıklık delili ile kendileri için bir hak ispat etmemekte, sadece çocuğun nesebinin köleye ait olduğunu ispat etmektedirler. O ise bunu inkar etmekte, tanıkları yalanlamaktadır. Mirasçıların bu tanık getirmedeki amaçları, çocuğun nesebinin babalarına bağlanmasını reddetmek, böylelikle miras konusunda kendilerine onun ortak olmasını engellemektir. Reddetme konusunda tanıklık kabul edilmez. Ayrıca mirasçılar ölenin yerine geçenleridir (halefleridir). Ölen kişinin kendisi bu delili (tanıkları) getirmiş olsaydı, bu kabul edilmezdi. Aynı şekilde onun haleflerinin delilleri de kabul edilmez.

Bu meselede köle, çocuğun kendine ait olduğunu iddia ederek buna dair delil getirse, çocuğun nesebi ona ait olur. Çünkü o, getirdiği delil ile, kendi hakkını yani câriye üzerinde yatak hakkına sahip olduğunu ve câriyenin çocuğunun nesebinin kendine ait olduğunu ispat etmektedir. Nesebin ispatı için bu delilin kabul edilmesi gerekir. Bu ise zorunlu olarak çocuğun nesebinin efendi ile bağının kopmasıdır. Çünkü delil ile sabit olan bizzat görme yolu ile sabit olan şey gibidir. Efendi, çocuğun nesebinin kendine ait olduğunu iddia ettiğinde aynı zamanda çocuğun özgür olduğunu da ikrar etmiş olduğundan, çocuk özgür olur. Efendinin ikrarı ölüm hastalığı sırasında yapılırsa çocuk efendinin malının üçte birinden, câriye ise malın tümünden özgür olur. Çünkü çocuğun nesebi sabit olmadığı için, efendinin, câriyenin özgürlük hakkına sahip olduğuna ikrarı konusunda kadının tanığı olmadığından, onun çocuk hakkındaki ikrarı malın üçte birinden geçerli olması gibi câriye hakkındaki ikrarının da malın üçte birinden geçerli olur. Bu, efendinin çocuk ve câriye hakkında özgür kılma kullanımını ilk olarak meydana getirmesi gibi kabul edilir. Köle kayıp olursa bu delilin hükmü kölenin gelip de nesep iddiasında

bulunması veya nesebi reddetmesine kadar bekletilir. Çünkü delilin hükmü kölenin iddiada veya inkarda bulunmasına göre değişir. Bu nedenle delilin hükmünün kölenin gelmesine kadar bekletilmesi koşuldur. Çocuk veya anası nikah iddiasında bulunursa evliliğe dair delil kabul edilir. Çünkü bu delil ispat için getirilmiştir. Nesep çocuğun hakkıdır. Bu durumda çocuk, nesebinin köleye ait olduğuna dair delil getirmekle kendi hakkını ispat etmektedir. Kadın da getirdiği delil ile kendisi ile köle arasında nikah olduğunu ispat etmektedir. Bu da kadının hakkıdır.

Bir kimse karısını kesin boşama (bâin talak) ile boşasa, kadın da iddetinin bittiğini ikrar ettikten altı ay veya daha uzun bir zaman geçtikten sonra doğum yapsa, çocuğun nesebi eski kocaya ait olmaz.

Çünkü iddet süresinin tamamlanması, kadının haberi ile ortaya çıkmıştır. Kadın, dinen emin (güvenilen) dir. Bu süreden sonra doğum yaptığında çocuğun sonradan meydana gelen bir gebelikten doğduğu düşünülebilir. Bu durumda koca nesep iddiasında bulunmadıkça çocuğun nesebi ona ait olmaz. Koca nesep iddiasında bulunursa nesep sabit olur. Bu, "kadın kendisini doğrularsa" böyledir. Çünkü hak karı-kocanındır. Her ikisinin birbirini doğrulamasıyla nesep sabit olur. Kadın, kocayı yalanladığında ise koca iddiada bulunsa bile nesep kocaya ait olmaz. Çünkü bu durumda koca, kadına ve çocuğuna yabancı olur.

[17/165]

Kadın, iddetin bitmesinin üzerinden altı aydan daha az bir zaman geçtikten sonra çocuk doğursa, çocuğun nesebi kocaya ait olur. Çünkü bu durumda kadının çocuğa gebe kalmasının kadının ikrarından önce gerçekleştiğini ve kadının iddetin bittiğini ikrar ettiği sırada gebe olduğunu kesin olarak biliriz. Bu durumda kadının haberi reddedilir.

Kadın bir başkasıyla evlenir de üzerinden altı ay geçtikten sonra doğum yaparsa, çocuğun nesebi ikinci kocaya ait olur. Çünkü kadının ikinci koca ile evlenmesi, iddetinin bittiğini ikrar anlamına gelir. İkinci kocayla evlenmesinin ardından altı aydan az bir zaman geçtikten sonra çocuk doğursa, çocuğun nesebi ikinci kocaya ait olmaz. Çünkü kadının gebe kalması ikinci koca ile yapılan nikahtan önce gerçekleşmiştir. Kadın, ilk kocanın kendisini boşamasının üzerinden iki yıl veya daha uzun bir zaman geçtikten sonra bir çocuk doğursa çocuğun nesebi ilk kocaya ait olmaz. Çünkü çocuk, ilk kocadan ayrıldıktan sonra oluşan bir gebelikten doğmuştur. Bu nedenle çocuğun nesebi ilk koca iddiada bulunup da kadın onu doğrulamadıkça ilk kocaya bağlanmaz.

Ergen ölmeyen kadının boşandıktan sonra çocuk doğurması

Kadın, ilk kocanın boşamasının üzerinden iki yıldan az bir zaman geçtikten sonra doğum yapsa, çocuğun nesebi ilk kocaya ait olur. Kadının ikinci koca ile arasındaki nikah geçersiz duruma gelmez. Bu hüküm kadının iddetin bittiğini ikrar etmemesi durumunda veya ikrar etse bile ikrarının ardından altı aydan az bir zaman geçtikten sonra çocuk doğurması durumunda geçerlidir.

Bir kimse ergenlik çağına ulaşmamış olan karısını boşasa sonra ölse, daha sonra kadın doğum yapsa, üç durum söz konusudur: a- Kadının gebelik iddiasında bulunması, b- iddetinin bittiğini ikrar etmesi, c- herhangi bir açıklama yapmaksızın sessiz kalması. (Bu durumları tek tek ele alalım:)

a- Kadın gebelik iddiasında bulunduktan sonra kocanın ölmesinin veya kendisinden ayrılmasının ardından iki yıldan az bir zaman geçtikten sonra bir çocuk doğursa, çocuğun nesebi kocaya ait olur. Çünkü kadının gebelik iddiasında bulunması, ergenlik çağına ulaştığını ikrar anlamına gelir. Bu durumda onunla, buluğ çağını aşmış bir kadın eşit olur.

b- Kadın, ayrılığın ardından üç ay geçtikten sonra veya kocanın ölümünden dört ay on gün sonra iddetin dolduğunu ikrar etse, ikrarının ardından altı ay veya daha uzun bir zaman geçtikten sonra bir çocuk doğursa, çocuğun nesebi kocasına ait olmaz. Çünkü ikrar sırasında kadın ergenlik çağına ulaşmışsa, onun ikrarı ile iddetinin bittiği ortaya çıkmış olur. Eğer ergenlik çağına ulaşmamışsa ayrılığın üzerinden üç ay geçmesiyle veya kocanın ölümünün üzerinden dört ay geçmesiyle iddetin bittiğini kesin olarak biliriz. Kadın bundan sonra tam bir gebelik süresi içinde doğum yapmıştır. Bununla çocuğun nesebi kocaya ait olmaz.

c- Kadın herhangi bir söz söylememişse, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre kocanın karısından ayrılmasının üzerinden altı ay veya daha uzun, yahut kocanın ölümünün üzerinden on ay on gün veya daha uzun bir zaman geçtikten sonra kadın doğum yapsa, nesep kocaya ait olmaz. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre kadın iki yıldan önce doğum yaparsa, nesep kocaya ait olur. Çünkü kadın, nikah devam ederken gebe kalmış olması olası olan bir zaman içinde doğum yapmıştır. Çünkü ergenlik çağına yaklaşan bir kızın ergen olmuş olması, olasılık dahilindedir. Bu ise ancak kendisinin yapacağı açıklama ile bilinebilir. Kadın iddetinin bittiğini ikrar etmediğinde onunla ergenlik çağını aşmış olan kadın eşit olur. Çünkü onun iddetinin bitmesi ay hesabıyla olur. Ancak gebe olması durumu bunun dışındadır. Bu ise ancak kadının açıklaması ile bilinebilir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: Biz kızın ergenlik çağına ermemiş olduğunu bilmekteyiz. Sabit olduğu bilinen bir şeyin ortadan kalktığına dair delil bulununcaya dek, onun varlığını devam ettirdiğine hükmedilir. Ergen olmamış olan kızın iddeti ayrılma durumunda âyete (nassa) göre üç aydır. Kocanın ölümü durumunda ise dört ay on gündür. [17/166]

Kadın iddetinin bitmesinin ortaya çıkmasının ardından tam bir gebelik süresinin geçmesinden sonra çocuk doğursa; kadının iddetinin bittiğini ikrar ettiğinde olduğu gibi çocuğun nesebi kocaya ait olmaz.

Yetişkin kadının kocası ölmüş olsa, kadın ondan gebe kaldığını iddia etse, çocuğu kocanın ölümünden iki yıl geçmeden doğurursa nesebi ölen kocadan sabit olur. Kocanın ölümü üzerinden dört ay on gün geçtikten sonra iddetin bittiğini

ikrar etmişse, bu ikrardan altı ay veya daha fazla zaman geçtikten sonra çocuk doğurursa çocuğun nesebi ondan sabit olmaz. Kadın iddetin bittiğine dair bir açıklama yapmamışsa iki yıldan önce doğum yapmışsa bize göre nesep kocaya ait olur.

Züfer (rh.a.) ise şöyle demiştir: "Kadın, kocanın ölümünün üzerinden on ay on gün veya daha fazla bir zaman geçtikten sonra doğum yapsa çocuğun nesebi kocaya ait olmaz. Çünkü âyete nassa göre kocanın ölümünün ardından dört ay on gün geçtikten sonra, kadında belirgin bir gebelik belirtisi yoksa, iddetin bittiğine hükmederiz. Kadın bunun üzerinden tam bir gebelik süresi geçtikten sonra çocuk doğurursa, ergen olmamış kadında, çocuğun nesebi kocaya ait olmaz".

Biz ise şöyle diyoruz: Bu olayda kadının iddetinin ay hesabıyla sona ermesi bir koşula yani onun gebe olmaması koşuluna bağlıdır. Aziz ve Celil olan Allah'ın,

﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾

"Gebe olan kadınların iddet süresi (doğum yapmaları ile sona erer)" (et-Talâk 65/4) âyeti,

﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾

"Sizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri kendi başlarına dört ay on gün beklerler" (el-Bakara 2/234) âyetinin hükmünü kaldırmıştır.

Bu konuda İbn Mes'ud (r.a.), "Kısa en-Nisâ (et-Talâk) suresinin, uzun en-Nisâ (el-Bakara) suresinden sonra indiği konusunda dileyen ile lanetleşirim (mübâhele ederim)" demiştir. Bu koşul (yani kadının gebe olması) ise ancak onun tarafından yapılacak açıklama ile bilinebilir. Kadın, iddetinin bittiğini ikrar etmedikçe, kocasının ölümünün üzerinden dört ay on gün geçmekle iddeti bitmiş sayılmaz. Ergenlik çağına ulaşmamış kadının durumu ise farklıdır. Çünkü küçüklük, kızın gebe olmasına aykırıdır. Bu durumda onun iddetinin sona ermesi, mutlak olarak sürenin dolmasıyladır. Kadın gebelik iddiasında bulunmadıkça buna göre hüküm vermek gerekir. Bu nedenle iki konuyu birbirinden ayırıyoruz.

Ölen koca adına nesebin sübutu için doğuma tanıklık

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, ergenlik çağını aşmış bir kadının doğurduğu çocuğun nesebinin ölen kocasına bağlanabilmesi için, iki erkeğin veya bir erkek ile iki kadının doğuma tanıklık etmesi gerekir. Yalnızca ebenin tanıklığı ile nesep sabit olmaz. Çünkü burada ne açık bir gebelik ne var olan bir yatak hakkı, ne de kocanın gebelik ikrarı bulunmaktadır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise nesep, ebenin tanıklığı ile sabit olur. Bu mesele bilinen bir meseledir.

Kadın, kocasının ölümünden bir gün sonra, organları belirmiş bir çocuğu düşürmek suretiyle doğum yaptığını ve bununla iddetini bitirdiğini ikrar ederse, onun sözü kabul edilir. Çünkü kadın bu konuda kendisine güvenilir kimsedir. Haber verdiği şey de olası bir durumdur. Kadın bunun üzerinden altı ay geçtikten

sonra doğum yapsa, daha önce iddetinin bittiğini ikrar ettiğinden, çocuğun nesebi kocasına bağlanmaz.

Doğan çocuğun ölü veya diri olduğu konusunda, doğuranla mirasçılar arasında anlaşmazlık

Kadın ölü bir çocuk doğursa, ölen kocanın mirasçıları "kadın çocuğu ölü olarak doğurmuştur" dese, kadın ise "sağ olarak doğdu. Sonra da öldü" dese, çocuğun sağ olarak doğduğuna (ses çıkardığına) ebe tanıklık etse Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre çocuğun mirasçı olması ve çocuk üzerine cenaze namazı kılınması konusunda ebenin tanıklığı kabul edilir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ebenin tanıklığı çocuğa cenaze namazı kılınması konusunda kabul edilir. Çocuğun mirasçı olması konusunda ise ancak iki erkeğin veya bir erkek ile iki kadının tanıklığı gerekir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) Ali (r.a.)'nin şu sözünü delil olarak getirmiştir: "Çocuk ses çıkarırsa (sağ olarak doğarsa) mirasçı olur. Onun üzerine cenaze namazı da kılınır". Ali (r.a.) burada iki hükmü bir araya getirmiştir. Bu hükümlerin birisi ebenin tanıklığı ile sabit olur. Çünkü erkekler bu durumu bilemezler. Diğer hüküm de böyledir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Çocuğun doğduğu zaman çıkardığı sesi erkeklerin işitebileceği bir sestir. Bu nedenle tıpkı kan aldırma konusunda kadınların bedeninde meydana gelen yaralar konusunda olduğu gibi, erkeklerin bilemeyecekleri bir yerde meydana gelse bile, bu konuda kadınların tanıklığı tek başına delil olmaz. Çocuk üzerine cenaze namazı kılınması ise dînî bir iştir. dînî işlerde bir kişinin haberi kabul edilir. Miras ise hukukî bir hükümdür. Bu nedenle tam bir delili gerektirir. Bu da iki erkeğin veya bir erkekle iki kadının tanıklığıdır". **[17/167]**

Kolay dönüşlü (ric'î) talakla boşanan kadının doğurduğu çocuğun nesebi

Bir kimse karısını ric'î (dönüşlü) talakla boşasa, kadın boşamanın üzerinden altı ay veya daha uzun bir zaman geçtikten sonra bir çocuk dünyaya getirse, koca kadının doğum yaptığını inkar ederek, "senin iddetin sona erdi" dese, bir kadın doğuma tanıklık etse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çocuğun nesebi kocaya bağlanmaz. Çünkü eşler arasında var olan bir yatak hakkı (birleşme imkânını veren hukukî statü) yoktur. Bu durumda Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ebenin tanıklığı çocuğun nesebini kocaya bağlama konusunda delil olmaz. Ebû Yusuf ile Muhammed (rh.a.)'e göre ise ebenin tanıklığı ile nesep koca hakkında bağlayıcı olur.

Koca, kolay dönüşlü (ric'î) talakla boşadığı karısına "iddetinin bittiğini sana haber veriyorum" dese, kadın ise onun yalan söylediğini söylese, koca o kadın dışında dört kadınla evlenebilir. Bu mesele bilinen bir meseledir.

Kadın boşama tarihi üzerinden iki yıldan az bir zaman geçtikten sonra doğum yapsa, çocuğun nesebi kocaya ait olur. Kocanın bundan sonra evlendiği dört kadının nikahı geçersiz duruma gelir. Çünkü kocanın sözü ne çocuk ne de kadın hakkında kabul edilir. Nesep kadının hakkıdır. Bu nedenle nesep hakkında kocanın haber vermesi hiç yapılmamış gibi kabul edilir. Nesep sabit olunca, kocanın karısının iddetinin bittiğini haber verdiği sırada kadının gebe olduğu anlaşılmış

olur. Kocanın bu haberi kabul edilmez. Bu durumda kadının kocasının yatak hakkı altında olduğu anlaşılır. Öyleyse koca ilk karısı üzerinde yatak hakkı devam ederken başka dört kadınla evlenmiştir. Nikah hükmü ile beş kadını yatak hakkı altında birleştirmek câiz değildir. Bu nedenle dört kadının nikahı geçersiz olur.

Kadın boşama tarihi üzerinden iki yıldan uzun bir zaman geçtikten sonra doğum yapsa bakılır; doğum kadının iddetin bittiğini ikrar ettiği tarih üzerinden altı aydan az bir zaman geçtikten sonra gerçekleşmişse yine çocuğun nesebi kocaya bağlanır. Çünkü kocanın ikrarı kadının ikrarından daha kuvvetli olamaz. Kadın iddetin bittiğini ikrar ettikten sonra altı ay geçmeden bir çocuk doğursa çocuğun nesebi kocasına ait olur. Koca, karısına dönmüş olur. Bu meselede de öyledir. Kocanın karısına dönmüş olması, diğer dört kadınla yaptığı nikah akdinin geçersiz olmasını gerektirir.

Koca, karısını bir kere ric'î (kolay dönüşlü) talakla boşasa daha sonra da ondan bâin (kesin / dönüşü zor) talakla veya başka bir ric'î talakla boşasa hüküm yine böyle olur. Ancak bu hiçbir şekilde kocanın karısına dönmesi olarak kabul edilmez. Çünkü kocanın "karım bana iddetinin bittiğini söyledi" demesi, yapılan boşamayı ikrar anlamına gelir. Ancak bu kesin ayrılma kullanımını gerçekleştirme yoluyla olmamaktadır. İkrar geçersiz olunca, kocanın karısına dönmüş kabul edilmesi mümkün olur. Ancak baştan bâin talakla boşama durumu bundan farklıdır. Bu, imamlar arasında tartışmalı bir konudur. Şöyle ki;

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre verilen ric'î talak (boşama), iki ya da üç boşama olarak nitelemek mümkündür, yani koca bunu iki ya da üç boşama şeklinde sayabilir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre koca bu boşamayı iki boşama sayabilir, üç sayamaz.

Muhammed (rh.a.)'e göre koca bunu ne iki ne de üç boşama sayabilir. Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: "Gerçekleşen boşama kocanın yetkisinden çıkmıştır. Bir şeyin niteliğine sahip olan onun aslına da sahip olur. Boşamanın aslı kocanın yetkisinden çıkınca bunun niteliği de onun yetkisinden çıkar. Kocanın, sahip olmadığı şey üzerindeki kullanımı geçersizdir".

Ebû Yusuf (rh.a.) şöyle demektedir: "Gerçekleşen boşama, kadının iddetinin bitmesiyle veya kocanın bunu iki boşama yapmasıyla iki boşama olmaya adaydır. [17/168] Ancak bir boşama kesin olarak üç boşama durumuna gelmez. Bu durumda bir boşamayı üç olarak kabul etmek, konusu olmayan bir şeyde kullanımda bulunmak olur. Bu yüzden bu kullanım geçersiz olur". Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Koca gerçekte bir boşamayı üç yapma yetkisine sahip değildir. Ancak "iki boşama gerçekleştirdim" sözünden kinaye olarak, mecaz yoluyla bir boşamaya iki boşama daha ekleyebilir. Bu, kocanın kastettiği amacı doğru olarak kabul etmek için yapılır. Nitekim hul' sözcüğü kocanın amacını imkân ölçüsünde derhal gerçekleştirme konusunda boşama kullanımı olarak kabul edilmiştir.

Bir insanın birisinin babası olduğunu iddia etmesi

Ergen olan bir çocuk, bir kadın ve erkeğin kendi ana-babası olduğunu iddia ederek buna delil getirse, bir başka erkek ve kadın ise bu çocuğun kendilerinin oğlu olduğunu iddia ederek buna delil getirseler, çocuğun delili kabule daha önceliklidir.

Çünkü nesep onun hakkıdır. Çocuk bu delil ile inkar edene karşı kendi hakkını ispat etmektedir. Diğer erkek ve kadın ise getirdikleri delil ile çocuğun hakkını ispat etmektedirler. Bir kimsenin kendi hakkı ile ilgili getirdiği delil, başkasının onun hakkında getirdiği delilden daha çok kabule layıktır. Ayrıca çocuk kendisi hakkında kullanımda bulunabilecek durumdadır. Böyle bir durumda zilyet konumunda olan kişinin delili, zilyet olmayan kişinin deliline tercih edilir.

Çocuk ile çocuğun ana-babası olduğunu iddia ettiği kişiler Hıristiyan, çocuğun tanıkları Müslüman olsa, hüküm yine böyledir. Diğer iki iddia sahibi Müslüman da olsa, çocuğun getirdiği tanıklar onlar aleyhine delildir.

Şöyle bir itiraz gelirse; "Ana-babalık iddiasında bulunan diğer eşlerin delilleri kabul edilirse, çocuk hakkında İslam'ın ispat edilmesi söz konusu olmaktadır. Buna göre onların delillerinin daha üstün olması gerekirdi".

Buna şu şekilde cevap veririz: "Hak sahibi olma konusunda zilyetlik, dinden daha güçlü bir delildir. Görmez misin zilyetlik görünüş olarak hak sahipliğini ispat eder. Dâvacılardan birinin Müslüman olması ise bunu ispat edemez. Bu nedenle zilyetliği tercih ettik".

Bu yetişkin çocuk, bir kimsenin belli bir câriyeden doğma oğlu olduğunu iddia etse, buna delil getirse, söz konusu kişi "o benim kölemdir, benim kölem ile evlendirdiğim câriyemden doğmuştur" dese, buna dair delil getirse, çocuk kölenin oğlu kabul edilir.

Çünkü köle ve efendi çocuğun nesebini nikahtan kaynaklanan yatak hakkı ile ispat etmektedirler. Çocuk ise kendi nesebini kölelik (câriyelik) yoluyla ispat etmektedir. Nikahtan kaynaklanan yatak hakkı nesebi ispat konusunda kölelikten doğan yatak hakkından daha kuvvetlidir. Görmez misin nesep bağı, nikah yoluyla sabit olduğunda, yalnızca red yoluyla ortadan kalkmaz. Kölelik, (mâlikiyet) yoluyla sabit olduğunda yalnızca red ile ortadan kalkar. Zayıf olan, güçlü olanın karşısına çıkamaz. Bizim belirttiğimiz şekilde tercih, ancak iki tarafın eşit olması durumunda yapılır. Eşitliğin olmaması durumunda ise nesebi, yatak hakları içinden en kuvvetlisine bağladık.

Köle, söz konusu çocuğun efendinin, kendi eşi olan falan câriyesinden doğma çocuğu olduğuna delil getirse, efendi de çocuğun kendi oğlu olduğuna dair delil getirse, kölenin delili fazladan nikahı ispat ettiği ve nesep konusunda nikahtan doğan yatak hakkının mâlikiyetten doğan yatak hakkından daha kuvvetli olduğu için, efendinin delilinden daha kuvvetlidir. Ancak efendi, çocuğun özgür olduğunu ikrar ettiğinden özgür olur. Câriye de ümmü veled hükmünde olur.

Köle ve efendi ölse, çocuk kendisinin, efendinin ölmüş câriyesinden doğan çocuğu olduğuna delil getirse, efendinin mirasçıları ise çocuğun, efendinin evlendirdiği kölesi ile câriyesinden doğma çocuğu olduğuna dair delil getirseler, çocuğun nesebi efendiye ait olur.

Çünkü burada mirasçıların getirdiği delil nikahı ispat etmemektedir. Köle ile câriyenin ölmesiyle nikah durumu ortadan kalkmıştır. Yine mirasçılar, nesebi kendileri için ispat edemezler. Onlar nesebi ancak köle lehine ispat edebilirler.
[17/169] Oysa onların bu delil getirmedeki amacı çocuğun nesebinin efendiye ait olmadığını ortaya koymaktır. Nesebi red için getirilen delil kabul edilmez. Kölenin delili ise nesep, özgürlük ve mirası ispat etmektedir. Bu nedenle daha üstündür.

Bir kimse ölerek geride mal bıraksa, ergen olan bir çocuk da kendisinin ölenin câriyesinden doğma çocuğu olduğuna, câriyenin, efendinin mülkünde iken kendisini doğurduğuna efendinin de bunu ölmeden ikrar ettiğine delil getirse, bir başka kişi de çocuğun kendi kölesi olduğuna ve onun annesinin de kendisinin kölesiyle evlendirdiği câriyesi olduğuna, çocuğun, câriye kölenin yatak hakkı altında iken doğduğuna dair delil getirse, köle hayatta olup o da bunu iddia etse, nesebin köleye ait olduğuna hükmedilir. Câriye hayatta ise onun da dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü câriye konusunda mutlak mülkiyet üzerine iki delil bulunmaktadır. Zilyet olmayan kişinin delili daha üstündür. Nesep hakkında da zilyet olmayanın delili kabul edilir. Çünkü köle getirdiği delil ile câriye üzerinde nikahtan doğan yatak hakkına sahip olduğunu ispat etmektedir. Çocuk (zilyet) ise getirdiği delil ile, köleliğe dayanan yatak hakkı yoluyla kendi nesebini ispat etmektedir. Nikaha dayanan yatak hakkı (cinsel birleşmeye imkân tanıyan hukukî statü) daha kuvvetlidir. Bu nedenle köle, o çocuğun nesebini kendine bağlamaya daha çok hak sahibidir. Ayrıca köle delil ile câriye üzerinde kendisi lehine nikahı ispat etmektedir. Bu konuda onun delilini kabul etmek gerekir. Nikah sabit olunca çocuğun nesebi de ona ait olur.

Köle ölmüş ise çocuğun nesebi özgür kişiye ait olur. Bu özgür kişi, çocuğun kendisinin câriyesi ile birleşmesinden doğduğu oğlu olduğunu iddia ettiği ölen efendidir. Çünkü zilyet olmayan kişi, kendisi için nesep ispat etmemekte, köle lehine nesep ispat etmektedir. Çocuk ise kendi hakkını ispat etmektedir. Ayrıca burada zilyet olmayan kişinin getirdiği delil nikah ile ilgili değildir. Çünkü koca ölmüştür. Onun ölümüyle nikah da söz konusu olmaktan çıkmıştır. Bu durumda çocuğun getirdiği delil, kendisinin özgürlüğünü ve miras hakkını ispat ettiği için tercih edilir. Bu açıdan onun delili kabule daha layıktır. Câriye hakkında ise dâvacının getirdiği delil yalnızca onun üzerinde mülkiyeti ispat etmesi bakımından tercih edilir. Bu delil ise ümmü veled olması açısından câriyenin özgür olmasını ispat etmektedir. Dolayısıyla kabule daha layıktır.

Bir kimsenin elinde bir çocuk köle ve câriye bulunsa, özgür bir kimse bu câriyenin kendi câriyesi olduğuna ve bu çocuğu da kendi yatak hakkı altında iken doğurduğuna delil getirse, zilyet de kadının kendi câriyesi olup bu çocuğu kendi yatak hakkında iken doğurduğuna delil getirse, zilyedin delili kabule daha layıktır.

Çünkü her iki delil de çocuğun gerçekte özgür olduğunu ve câriyenin de özgür olma hakkı bulunduğunu ispat etme konusunda birbirine eşittir. Böyle bir durumda zilyedin delili tercih edilir. Burada kadın üzerinde mülkiyet değil, velâ hakkının ispat edilmesi söz konusudur. Bu durumda bu iki delil eşittir. O zaman zilyedin delili tercih edilir. Bu hüküm, çocuğun küçük olması veya büyük olduğu halde zilyedi doğrulaması durumunda geçerlidir. Çocuk büyük olur da diğer kişinin oğlu olduğunu iddia ederse, çocuğun ve câriyenin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü çocuk kendisi hakkında kullanım hakkına sahiptir. O, dâvacıyı doğruladığında delili bizzat kendisi ortaya koymuş gibi olur. Gerçek zilyetlik ve onun kendi hakkını ispat etmesi nedeniyle zilyede karşı getirilen delil tercih edilir. Çünkü nesep çocuğun hakkıdır.

Çocuğu olan özgür bir kadın bir kimsenin elinde bulunsa, yabancı bir kişi o kadınla evlendiğine ve kadının bu çocuğu doğurduğuna dair delil getirse, zilyet de aynı şekilde delil getirse, çocuk zilyedin kendi babası olduğunu iddia etse, bu durumda zilyedin deliline dayanarak hüküm verilir. Onun delili kadın üzerinde nikah dâvasında ve çocuğun iddiasıyla da onun üzerindeki nesep dâvasında zilyetlik itibarıyla üstün gelir. Çocuk zilyedin oğludur. Çünkü çocuk kendisi üzerinde zilyetliğe sahiptir (kendisi üzerinde kullanımda bulunabilecek durumdadır). Bu durumda zilyet getirdiği delille yalnızca kendi hakkını ispat etmiş olmaktadır.

Zilyet zimmî, onun tanıkları ile karşı iddiada bulunan kişi Müslüman olsa, zilyedin tanıkları Müslüman olan karşı tarafa karşı da delil olduğundan, hüküm belirttiğimiz gibi olur. [17/170]

Zilyet olmayan kişi, kadınla bir vakitte evlenmiş olduğuna, zilyet de onunla daha sonraki bir vakitte evlenmiş olduğuna delil getirse, kadının dâvacıya ait olduğuna hükmedilir. Çünkü onun delilinde daha önceki bir tarih ileri sürülmüştür. Dâvacı zilyedin kendisi ile çekişmediği bir zamanda kadın ile evli olduğunu ispat etmiştir. Diğeri ise bundan sonra evli olan kadınla evlendiğine delil getirmiştir. Bu delil geçersizdir.

Zilyet, kadının kendisinin karısı olduğuna ve çocuğu da kendisinin yatak hakkı altında iken doğurduğuna delil getirse, zilyet olmayan bir başka kişi de kadının kendi câriyesi olduğuna, çocuğu da kendisinin yatak hakkı altında iken doğurduğuna delil getirse, çocuğun kocaya ait olduğuna hükmedilip nesebi ona bağlanır.

Çünkü nesep hükmü açısından nikaha dayanan yatak hakkı, mülkiyete dayanan yatak hakkından kuvvetlidir. Görmez misin diğer kişi getirdiği delil ile kadın üzerinde kendi mülkiyetini ispat etmiştir. Bunun karşısında kadının özgür olmasını gerektiren karşı bir delil bulunmamaktadır. Bu nedenle câriyenin, dâvacının câriyesi olduğuna hükmedilir. Kocanın tanıkları, kadının kendisini özgür göstererek bir aldatma yaptığına tanıklık ederlerse, çocuk değeri karşılığında özgür olur. Tanıklar buna tanıklık etmezlerse, câriye ve oğlu dâvacının mülkü olur. Çünkü mülkiyet konusunda çocuk anasına tabi olur. Çocuğun özgür olmasını gerektiren şey aldatmadır. Aldatma sabit olmadığında çocuk dâvacının mülkü olur. Nesebi ise kocaya ait olur. Çünkü dâvacı çocuğun karşı tarafın oğlu olduğunu ikrar etmiştir. Onun ikrarı ile çocuk özgür olur. Câriye de ümmü veled hükmünde olur.

"Aldatmanın ispat edilmesi durumunda, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kocanın, çocuğun değerini ödememesi gerekir. Çünkü çocuk, dâvacının onun lehine özgürlük ikrarında bulunması nedeniyle ümmü veledin çocuğu hükmündedir" diye bir itirazda bulunmak yersizdir. Bu, çocuk üzerinde köleliğin sabit olmasından sonra söz konusu olur. Oysa onun köleliği sabit olmamıştır. Aldanmış olan kişinin çocuğu aslen özgürdür. Bu nedenle kocanın, çocuğun değerini efendiye ödemesi gerekir.

Câriye, çocuğu ile birlikte bir kimsenin elinde bulunsa, bir başkası câriyenin babasına ait olduğuna, çocuğu da babasının yatak hakkı altında iken doğurduğuna delil getirse, babası da ölmüş olsa, zilyet, kadının kendi câriyesi olduğuna ve çocuğu da kendisinin yatak hakkı altında iken doğurduğuna delil getirse, çocuğun zilyet olmayan ölmüş kişiye ait olduğuna hükmedilir. Çünkü dâvacının bu delili kadın lehine gerçek özgürlüğü ispat etmektedir. Zilyedin delili ise kadının köle olduğunu ispat etmektedir. Ümmü veled ancak efendisinin ölümüyle özgür olur. Özgürlüğü tercih etmek, zilyetliği tercih etmekten daha önceliklidir. Kadının aslen özgür olduğuna delil bulunduğu halde, zilyedin mülkiyet yoluyla onunla cinsel birleşmede bulunabileceğini kabul etmek nasıl doğru olabilir? Bu nedenle kadının velasının ölene ait olduğuna hükmedilir. Çocuğun nesebi de ona ait olur. Çünkü ölenin hakkı olan bir şeyi ispat konusunda mirasçılar onun yerini alırlar.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

ÖZGÜR KILMA DÂVASI

Bir câriye, efendisinden çocuk doğurduğunu iddia edip delil getirse, bir başkası da o câriyeyi efendisinden satın aldığına delil getirse, doğum konusundaki delil kabul edilir.

Çünkü bu delil, tıpkı gerçek anlamdaki (doğrudan doğruya) özgürlük gibi, kadının özgürlük hakkı bulunduğunu ispat etmektedir. Satım akdinin konusu özgür bir insan olursa, bu satım geçersizdir. Alıcı, kadını teslim almışsa hüküm yine belirttiğimiz gibidir. Doğum konusundaki delil, manen (gerçekte) diğer delilden daha öncedir. Kadının ümmü veledliğinin sabit olması gebelik anından itibaren olur. Bu ise satın alıp teslim almadan öncedir. Ayrıca bu delilde fazla olarak çocuğun nesebi ve özgürlüğü de ispat edilmektedir. [17/171]

Alıcının tanıkları satım akdinin gebelikten üç yıl önce gerçekleştiğini belirtirlerse, satım akdi geçerli olur. Nesep geçersiz olur. Çünkü bu durumda câriye üzerinde tanıkların belirttiği tarihte alıcının mülkiyeti sabit olmuş olur. Öyleyse zilyedin, sahip olmadığı câriyeyi ümmü veled kıldığı ortaya çıkar. Dolayısıyla çocuğun nesebi ona ait olmaz. Aynı şekilde satım, özgür ve müdebber kılma konularında da iki tarafın tanıklarından daha önceki tarihi belirten tanıkların tanıklığı kabul edilir. Çünkü belirtilen tarihte diğer kişinin dâva konusu şey ile ilgili çekişmesi yoktur.

Bir köle belli bir kimsenin kendisini özgür kıldığına delil getirse, o kişi ise bunu inkar veya ikrar etse, üçüncü bir kişi de kölenin kendi kölesi olduğuna delil getirse, o kişinin lehine hüküm verilir.

Çünkü kölenin tanıkları, özgür kılınan lehine mülkiyete tanıklık etmemişler, yalnızca özgür kılmaya tanıklık etmişlerdir. Özgür kılma kullanımı hem kölenin sahibi olan hem de olmayan kişi tarafından yapılmış olabilir. Ancak insanın sahip olmadığı köleyi özgür kılması geçersizdir. Görmez misin kölenin getirdiği delil, zilyedin mal üzerindeki hakimiyetine denk olamaz (ona karşı duramaz). Çünkü bir kişi, bir kişinin elindeki köleyi özgür kıldığını iddia ederek buna dair delil getirse, onun lehine hüküm verilmez. Bu delilin mülkiyet deliline karşı duramaması daha önceliklidir.

Aynı şekilde tanıklar kişinin köleyi elinde iken özgür kıldığına tanık getirseler hüküm yine böyledir. Çünkü bu tanıklıkta, özgür kılmanın geçerli olmasını gerektirecek bir durum yoktur. Özgür kılma, köle (konu) üzerinde zilyet olmakla değil, ona sahip olmakla yürürlük kazanır. Yine tanıklar kölenin dün falan kişinin elinde olduğuna tanıklık etseler, belirttiğimiz nedenle bu tanıklık kabul edilmez.

Tanıklar, kişinin köleye sahip olduğu bir zamanda onu özgür kıldığına tanıklık etseler, bu durumda özgür kılma delili tercih edilir. Çünkü her iki delil (tanıklık), mülkiyeti ispat etme konusunda eşittir. Bunlardan birinde fazla olarak özgür kılma vardır. Bu nedenle bu delil daha üstündür.

Bir kişinin elinde bulunan köle hakkında bir başkası mülkiyet iddiasında bulunsa, köle de üçüncü bir kişinin kendisine sahip olduğu sırada kendisi ile

kitâbet akdi[61] yaptığına delil getirse, söz konusu kişi bu anlaşmayı ister inkar, ister ikrar etsin, kölenin kendisine ait olduğuna delil getiren kişinin delili kabul edilir. Çünkü o, getirdiği delil ile kendisi için mülkiyeti ispat etmektedir. Köle ise başkası lehine mülkiyet ispatında bulunmaktadır. Kişinin kendi mülkiyetini ispat için getirdiği delil kabule daha layıktır.

Şöyle bir itiraz gelirse; "Köle, başkası lehine mülkiyeti ispat etmekle kendi lehine de özgür olma hakkını ispat etmektedir".

Şu şekilde cevap veririz: "Böyle değildir. Biz Hanefîlere göre kitâbet akdi, mükâtep için özgür olma hakkını gerektirmez. Bu nedenledir ki mükâtebin kefâret olarak özgür kılınması câiz olur. Yine bu yüzden kitâbet akdi bozulabilir bir akittir. Mükâtebin bu akitle elde ettiği şey yalnızca milk-i yed (kendi kazançları üzerinde kullanımda bulunma hakkı)dir. Milk-i yedi ispat eden delil, rakabe mülkiyetini ispat eden delile karşı duramaz".

Köleyi elinde bulundurmayan kişi (hariç), kölenin kendisine ait olduğuna ve zilyedin onu kendisinden gasbettiğine delil getirse, zilyet de kölenin kendisine ait olduğuna ve ona sahip iken köleyi müdebber kıldığına veya özgür kıldığına delil getirse kölenin dâvacıya ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü dâvacının delilinde, zilyedin delilini ortadan kaldıran bir husus bulunmaktadır. Bu da zilyedin malik değil gaspçı olduğunu ispat etmesidir. Gasbedenin yaptığı özgür kılma ve müdebber kılma kullanımları geçerli olmaz. Zilyedin malın mülkiyetine aslen sahip olma konusunda getirdiği delil, dâvacının deliline karşı duramaz. Yine dâvacı kölenin kendisine ait olduğunu ve onun zilyet elinde âriyet veya vedîa veya kira yahut rehin olarak bulunduğuna dair delil getirse, belirttiğimiz gerekçeyle kölenin mülkiyetinin ona ait olduğuna hükmedilir.

Bir kimsenin elinde bulunan köle hakkında, bir başkası onun kendi kölesi olduğuna ve onu özgür kıldığına delil getirse, zilyet de onun kendi kölesi olduğu ve kendisinin mülkiyetinde iken doğduğuna delil getirse dâvacının delili kabule daha layıktır.

Çünkü bu delil o kişinin özgür olduğunu, zilyedin delili ise onun köle
[17/172] olduğunu ispat etmektedir. İki delilden özgürlüğü ispat eden daha üstündür. Görmez misin dâvacı, zilyede karşı, dâva konusu kişinin kendisinin oğlu olduğunu iddia etse, onun getirdiği delil nesep ve özgürlüğü ispat ettiğinden tercih edilir.

---

[61] **Kitâbet/الكتابة (Mükâtebe / المكاتبة)** Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye "mükâteb" bu anlaşmaya "mükâtebe" veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir.

Bizim meselemizde de özgürlükle birlikte nesebe benzeyen velâ hakkının ispatı bulunduğundan dâvacının delili kabul edilir.

Hariç (zilyet olmayan kişi) kölenin kendisine ait olduğuna, onu müdebber[62] kıldığına delil getirse, getirdiği delil özgürlük hakkını ispat ettiğinden kabule daha layıktır. Daha önce bu hükme aykırı bir hüküm söylendi. Biz orada her iki rivayetin dayanağını belirtmiştik.

Zilyedin tanıkları onun köleye sahip olduğu bir zamanda köleyi özgür kıldığına tanıklık etseler, özgür kılma konusunda zilyedin delili dâvacının delilinden daha üstün olur.

Çünkü burada maksat köle üzerinde velâ hakkını ispat etmektir. Velâ hakkı da nesep gibidir. Gerek zilyet gerek dâvacı getirdikleri delil ile bunu ispat etmektedir. İspat konusunda deliller eşit olunca zilyedin delili, dâva konusu üzerindeki fiilî hakimiyet (zilyetlik) nedeniyle tercih edilir.

Zilyedin tanıkları onun kölesini müdebber kıldığına, dâvacının tanıkları ise onun köleyi özgür kıldığına tanıklık etseler, kölenin özgür kılındığına hükmedilir. Çünkü dâvacının delilinde köle üzerindeki köleliği ve mülkiyeti derhal ortadan kaldırma vardır. Bu nedenle zilyedin delilinden daha üstün olur. Görmez misin dâva konusu olan şey câriye olsaydı, onun özgür olduğuna dair delil bulunduğu halde zilyet kendisi ile cinsel ilişkide bulunamazdı.

Zilyet dışında iki kişiden biri köleyi özgür kıldığına, diğeri müdebber kıldığına delil getirse, belirttiğimiz nedenle özgür kılma delili kabule daha layık olur.

Zilyet olmayan kişi ile zilyet câriyenin kendisine ait olduğuna ve onunla kitâbet akdi yaptığına delil getirseler, câriyenin o ikisi arasında yarı yarıya ortak olduğuna hükmedilir. Çünkü mükâtep câriye, taraflardan hiçbirinin elinde değildir. Aksine o, kendisinde hak sahibidir. Bundan dolayı her iki delil arasında eşitlik gerçekleşmiştir. Bu durumda câriyenin ikisine ait olduğuna hükmedilir.

"Böyle bir durumda mükâtep câriyenin sözüne başvurulması gerekirdi" denilirse;

Şöyle deriz; Mükâtep câriye, halen câriyedir. Câriye kendisinin köleliğini kabul ettiğinde, sahibini belirleme konusunda söz hakkına sahip değildir.

Taraflardan birinin tanıkları, lehine tanıklık ettikleri kişinin câriyeye sahip iken onu müdebber kıldığına, diğer tanıklar da lehine tanıklık ettikleri kişinin câriyeye sahip iken onunla kitâbet akdi yaptığına tanıklık etseler, müdebber olduğu konusundaki tanıklık kabule daha layıktır. Çünkü bu delil câriye lehine özgürlük hakkı ispat etmektedir. Bu hak bağlayıcıdır. Kitâbet akdinin aksine bozulamaz.

---

[62] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

Davalıya yemin ettirilmeyen dâvalar

Bir câriye, çocuğunun efendisinden olduğunu, efendinin de bunu ikrar ettiğini iddia ederek efendisinin yemin etmesini istese, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre efendinin yemin etmesi gerekmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre yemin etmesi gerekir. Bu mesele, hangi durumlarda dâvalı yemin eder-hangi durumlarda etmez konusunda sayılan meselelerdendir. Ebû Hanîfe (rh.a.) nikah, nesep, ric'at[63], îladan[64] dönüş, kölelik ve velâ konularında dâvalıya yemin ettirilmeyeceğini söyler. Çünkü ona göre yeminden kaçınma (nükûl) bezl (hakkından feragat / malı feda etme), ya da dâva konusuna karşılık hedef yerindedir. Bezlin/bedelin geçerli olmadığı konularda dâvalıya yemin ettirilmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise yeminden kaçınma, içinde bir tür şüphe bulunan ikrar hükmündedir. Şüpheli delille de ispatı mümkün olan konularda yemin ettirme ve yeminden kaçınmaya göre hüküm verme uygulanır. Bu konu, "Nikah" meselesinde ele alınmıştır. Burada efendiye karşı olan dâva nesep dâvasıdır. Onun için, Ebû Hanîfe yemin ettirilmeyeceğini söylemiştir.

Câriye efendisinden, organları belirgin duruma gelmiş bir çocuk düşürdüğünü iddia etse, hüküm yine böyle olur. Çünkü câriyenin ümmü veled olma hakkı, çocuğun nesebine bağlıdır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre efendiye nesep dâvasında yemin ettirilmediği gibi, câriyenin ümmü veled olma iddiasında da efendiye yemin ettirilmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bunların tümünde efendiye yemin ettirilir. Çünkü bu, şüphe ile de sabit olabilen meselelerdendir. Efendi dâva konusu şeyi ikrar etse, bu kendisi hakkında bağlayıcı olur. Dolayısıyla inkar etmesi durumunda da bu konuda kendisine yemin teklif edilir.

[17/173]

Kadının çocuğu kendisinin doğurduğunu iddia edip, kocasının inkar etmesi veya aksi

Bir kimsenin eşi bir çocuk getirip onu kendisinin doğurduğunu iddia etse, kocası bunu inkar etse kocaya yemin teklif edilip edilmeyeceği konusunda belirttiğimiz görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Efendi veya koca bir çocuk getirerek kadının (câriyenin veya eşin) bunu doğurduğunu iddia etse, kadının yemin etmesini istese, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kadının yemin etmesi gerekmez. Yine oğul, babaya karşı veya baba, oğla karşı nesep iddiasında bulunarak inkar eden tarafın yemin etmesini istese, her iki durumda da inkarcıların yemin etmesi gerekmez. Ancak dâvacı karşı tarafa karşı

---

[63] **Ric'at / الرجعة**; sözlükte, dönmek (rucû) anlamına gelir. Dini bir terim olarak; hanımını bir veya iki talak ile boşayan kimsenin hanımı için gerekli olan iddet süresi sona ermeden önce eşine geri dönmesidir ki bu suretle evlilik bağı devam eder.

[64] **Îlâ / الايلاء**: Kocanın hanımına yaklaşmamak üzere yemin etmesidir. Böyle bir yeminde bulunan kocaya "mûlî", kendisine îlâ yapılan kadına "mûlâ minhâ" denir. İlâ üç kısma ayrılır:

a. Îlây-ı Muvakkat; dört ay, sekiz ay... gibi bir vakitle kayıtlı olan îlâdır.

b. Îlây-ı Müebbed; ebediyen yaklaşmamak üzere yapılan îlâdır.

c. Îlây-ı Mechûl; belli bir müddet belirtilmeksizin veya ebediyet kaydı konulmaksızın yapılan îlâdır. İlâ süresinde koca hanımına hiç yanaşmazsa bir bâin talak meydana gelmiş olur. Bu süre içinde hanımına yaklaşırsa kefâret gerekir.

miras iddiasında bulunursa, karşı taraf neseple ilgili değil miras konusunda yemin eder. Çünkü mal ile ilgili dâvalarda, bezl (haktan feragat) geçerlidir. Bu nedenle nesep konusuna aykırı olarak miras dâvasında yeminden kaçınmaya dayanarak hüküm vermek câizdir. Dâvacı, inkarcının yemin etmesini ister de karşı taraf bundan kaçınırsa dâvacı lehine nesep değil mal hükmedilir. Çünkü bu iki hüküm birbirinden ayrılabilir. Yeminden kaçınma durumunda, yemin teklif etmenin geçerli olduğu konulara göre hüküm verilir. Görmez misin bir kimse bir başkasının kendisinin malını çaldığını iddia ederek dâvalının yemin etmesini istese, dâvalı bundan kaçınsa el kesilmesine değil malı ödemesine hükmedilir. Bizim meselemizde de böyledir. Yine bir kişi velâ yoluyla mirasa hak kazandığını iddia etse, bu dâva ile nesep yoluyla miras dâvası, belirttiğimiz yönden birbirine eşittir.

Bir kimseye babasından bir ev miras kalsa, bir başka kişi, mirasçının kendisinin baba bir kardeşi olduğunu ve kendisinin onunla birlikte bu eve babasından mirasçı olduğunu iddia etse, evi elinde tutan bunu inkar etse, bu durumda tüm imamların ittifakıyla nesep konusunda dâvalıya yemin teklif edilmez. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre yemin teklif edilemeyeceği açıktır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e gelince; herhangi bir nesep dâvasını dâvalı ikrar ettiğinde ikrar geçerli olmuyorsa, dâvalının inkarı durumunda ona yemin teklif edilmez. Çünkü belirttiğimiz gibi Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre yeminden kaçınma ikrar hükmündedir. Bir kimse kendisine karşı açılan kardeşlik iddiasını içeren dâvayı ikrar etse bununla dâvacının kardeşliği sabit olmaz. Dolayısıyla bununla ilgili dâvalıya yemin de ettirilmez. Babalık ve oğulluk konusundaki dâva bundan farklıdır. Üzerinde durduğumuz konuda dâvacı nesep değil de mal ile ilgili iddiada bulunursa, dâvalı "Allah'a andolsun ki onun bu evde payı olduğunu bilmiyorum" diye yemin eder. Mal dâvalarında yemin teklifi geçerlidir. Ancak bu yemin başkasının fiili ile ilgilidir. Çünkü dâvacı ölen kişi ile arasında olan bağ nedeniyle ölenden miras alacağı olduğunu iddia etmektedir. Başkasının fiili ile ilgili olarak yapılan yemin teklifi dâva konusunun sabit olup olmadığı şeklinde değil "----dığını bilmiyorum / bildiğim kadarıyla" şeklinde olur.

İki kişiye ait bir câriye, iki ayrı doğumla iki çocuk dünyaya getirse, câriyenin sahiplerinden biri büyük çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etse, bundan sonra diğeri de küçük çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etse, küçük çocuğun nesebini iddia eden kişinin iddiası geçerli olmaz. Çünkü kadının her iki çocuğa gebe kalması, câriye onların mülkiyetinde iken meydana gelmiştir. Sahiplerden biri büyük çocuğun nesebini iddia ettiğinde câriye, büyük çocuğa gebe kalma tarihinden itibaren onun ümmü veledi olur. Küçük çocuk onun ümmü veledinin çocuğudur. Diğer ortak bu çocuğa yabancıdır. Bir kimse başkasının ümmü veledinin doğurduğu çocuğun nesebini iddia ederse iddiası geçerli olmaz.

Küçük çocuğu iddia eden kişi diğerinden daha önce iddiada bulunmuşsa, çocuğun nesebi ona ait olur. Çünkü küçük çocuğu iddia eden kişi iddiada bulunduğu sırada câriye iki çocuğu ile birlikte iki kişi arasında ortaktı. Onun iddiada bulunduğu çocuk nesebe muhtaçtır. Bu yüzden küçük çocuğun nesebi ona ait olur. Câriye de onun ümmü veledi olur. Bu kişi câriyenin değerinin yarısı ile ukrunun yarısını ortağına öder. Bundan sonra diğer ortak büyük çocuk konusunda nesep iddiasında bulunursa, iddiası geçerli olur. Çünkü büyük çocuk ortaklar arasında ortak olmaya devam etmektedir. Kadının diğer ortağın ümmü veledi olması küçük çocuğa gebe kaldığı tarihten itibaren sabit olmaktadır. Büyük çocuk ise bundan önce doğmuştur. Bu nedenle büyük çocuk, ortaklar arasında ortak olmaya devam eder. Diğer ortak onun nesebini iddia ederse –ki o da nesebe muhtaçtır- nesebi ona ait olur. Dâvacı, zengin ise büyük çocuğun değerinin yarısını diğer ortağa öder. Çünkü nesep iddiası ve itlaf (diğer ortağın mülkiyetinden çıkarmak) ile kastedilen büyük çocuktur. Bu nedenle dâvacının büyük çocuğun nesebini iddia etmesi, onu özgür kılması hükmündedir. Muhammed (rh.a.) "el-Asl"da büyük çocuğu iddia eden ortağın, câriyenin ukrundan herhangi bir şeyi ödeyip ödemeyeceğini açıklamamıştır. Onun ukrun yarısını ödemesi gerekir. Çünkü o, câriye ortaklar arasında ortak iken onunla ilişkide bulunduğunu ikrar etmiştir. Bu nedenle her ne kadar câriye onun ümmü veledi olmasa da câriyenin ukrunun yarısını diğerine öder.

[17/174]

Câriyenin sahipleri aynı anda dâvada bulunurlarsa câriye, büyük çocuğun nesebini iddia eden kişinin ümmü veledi olur.

Çünkü onun iddiası gerçekte daha önce yapılmış kabul edilir. Câriyenin büyük çocuğa gebe kalması daha önce olmuştur. Câriye, büyük çocuğa gebe kaldığı andan itibaren o çocuğun nesebini iddia eden kişinin ümmü veledi olur. Kıyasa göre küçük çocuğun nesebini iddia eden kişinin iddiası geçerli olmaz. Çünkü o, tıpkı önceki meselede olduğu gibi başkasının ümmü veledinin çocuğunun nesebini iddia etmiştir. Fakat Muhammed (rh.a.) istihsana göre hüküm vererek şöyle demiştir: "Küçük çocuğun nesebini iddia eden kişinin delili kabul edilir. Çünkü iddianın yapıldığı sırada görünüşte küçük çocuk her iki ortağa ait idi. Bu çocuk nesebe de muhtaçtır. Yine câriye küçük çocuğa gebe kaldığında görünüş açısından ortaklara ait idi. Bundan sonra o, büyük çocuğun nesebini iddia eden kişinin ümmü veledi olmuştur. Küçük çocuğun nesebini iddia eden ortak aldatılmış kişi hükmündedir. Aldatılmış kişinin çocuğu, değerinin ödenmesi karşılığında özgür

---

[65] **Ukr / العقر** : Sözlükte; asıl, kök, evin ortası, kasidenin en iyi beyti, mehir gibi anlamlara gelir. Fıkıh ıstılâhında; mehr-i misil anlamında kullanılmakla birlikte kendisiyle herhangi bir şüphe sonucu cinsel ilişkiye girilen kadına, mehrine denk gelecek oranda verilen tazminata da denir. Aynı şekilde, gasp yoluyla yapılan bir cinsel ilişkiden dolayı, kadına diyet olarak verilen bedele de "ukr" denir.

olur. Küçük çocuğun değerinin tümü, büyük çocuğun nesebini iddia eden kişiye ait olur".

Bazı nüshalarda belirtildiğine göre iddia sahibi, küçük çocuğun değerinin tümünü büyük çocuğun nesebini iddia eden ortağa öder. Diğer bazı nüshalara göre ise iddia sahibi ukrun yarısını öder. Bu nüshalardaki hükümler arasında bir çelişki yoktur. Ukrun yarısını öder dendiğinde, sonuç itibarıyla iddia sahibinin ödemesi gerekenden bahsedilmiştir. Çünkü câriyenin ukrunun yarısı ile diğer ortağın ödemesi gereken ukrun yarısı karşılıklı olarak takas olur. Sonuç olarak geriye yalnızca küçük çocuğun nesebini iddia eden kişinin, büyük çocuğun nesebini iddia edene ödemesi gereken ukrun diğer yarısı kalmıştır.

Bir kimse ölüp geride iki oğlu ve bir câriyesi kalsa, câriyenin gebe olduğu anlaşılsa, oğullardan biri câriyenin babasından gebe kaldığını, diğer oğul ise câriyenin kendisinden gebe kaldığını iddia etse, her iki iddia da aynı anda yapılmışsa, gebeliğin kendisinden olduğunu iddia eden oğlun iddiası kabul edilir.

Çünkü o, çocuğun nesebini kendisine, kardeşi ise çocuğun nesebini babasına yüklemektedir. Sadece onun sözü nesebi babasına bağlama konusunda delil olmaz. Bu nedenle nesebi kendisine iddia eden kişinin iddiası kabule daha layıktır.

"Gebeliğin babasından olduğunu söyleyen kişinin iddiası, gerçekte diğerinden daha önce yapılmış sayılır. Buna göre de diğer iddiaya tercih edilmesi gerekir" denilirse;

Şöyle deriz; İddia sahibi, babası hayatta iken bu iddiayı yaptığında, onun sözü gebeliğin babasından olduğunu ispatlama konusunda delil olsaydı, bu itiraz geçerli olurdu. Oysa onun bu konudaki sözü delil değildir. Gebeliğin kendisinden olduğunu söyleyen kişi câriyenin değerinin yarısı ile ukrun yarısını diğer ortağına öder. Çünkü o, ümmü veled yapma yoluyla diğer ortağın hak sahibi olduğu câriyeye sahip olmaktadır.

Denilirse ki; "Diğer kardeş câriyenin, ölen kişi ile olan bağı nedeniyle özgür olduğunu ikrar ettiği halde, iddia sahibi ona nasıl ödemede bulunur?"

Şöyle deriz: Çünkü hakim, câriyenin diğer ortağın ümmü veledi olduğuna hükmettiğinde, bu kişinin ikrarını yalanlamış olur. İkrarı yalanlanan kişinin ikrarı hükmen kendi aleyhine delil olarak kullanılamaz. Nitekim alıcı, satın aldığı malın mülkiyetinin satıcıya ait olduğunu ikrar etse, sonra da satın aldığı malın başka bir sahibi çıksa ödediği bedeli satıcıdan geri alır.

Çocuğun kendisine ait olduğunu iddia eden kişi, iddiasını daha önce yapmış olsa hüküm yine böyledir. Önce ikrar eden gebeliğin babasından olduğunu iddia eden kişi onun sözü ile gebelik babasından sabit olmaz. Ancak bu ikrar ile çocuğun anası ve karnındaki çocuk üzerinde kendisine ait pay özgür olur. Çünkü o, kadının özgür olduğunu ikrar etmiştir. Diğerinin ikrarı ise geçerli olur. Çocuğun [17/175]

nesebi ona ait olur. Çünkü çocuk nesebe muhtaçtır. Câriyenin diğer yarısının mülkiyeti ona ait olmaya devam eder. İlk ikrar, ikinci ikrar sahibinin mülkiyetini ortadan kaldırma konusunda geçerli değildir. Bu câriyenin durumu Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre olsa olsa, çalışarak değerini ödemesi gereken kölenin durumuna benzer. Bu nedenle ikinci ikrar sahibinin iddiası geçerli olur. Diğer ortağa çocuğun anasının değerinden hiçbir şeyi ödemesi gerekmez. Çünkü o, diğer ortağın câriye üzerindeki mülkiyetine sahip olmamıştır. Diğer ortağın câriye üzerindeki payı daha önce kendisinin yaptığı ikrar ile ortadan kalkmıştır. Ancak çocuğun kendisine ait olduğunu iddia eden kardeş, diğerinin talep etmesi durumunda câriyenin ukrunun yarısını ona öder. Çünkü o, diğer kardeşin ikrarından önce câriye henüz ikisi arasında ortak iken onunla ilişkide bulunduğunu ikrar etmiştir. Yani bu nedene bağlı olarak kardeşine, câriyenin ukrunun yarısını borçlandığını ikrar etmiştir. Bu neden diğer kardeşin ikrarı ile ortadan kalkmış değildir. Dolayısıyla gebeliğin babasından olduğunu ileri süren kardeş, dilerse kardeşinin ikrarını doğrulayarak câriyenin ukrunun yarısını ondan alır.

İki kişiye ait olan küçük bir köleyi sahiplerinden birisi özgür kılsa, sonra diğeri onun kendi oğlu olduğunu iddia etse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre çocuk onun oğlu olur. Çünkü ona göre özgür kılma işlemi bölünebilir. Bu nedenle nesep iddiasında bulunanın iddiası geçerli olur. Çocuğun velâsının yarısı özgür kılması nedeniyle özgür kılana ait olur. Çünkü çocuğun nesebinin diğerine bağlanması, bu kişinin sabit olan velâ hakkını ortadan kaldırmaz. Çocuğun, sahiplerinin yanında doğmuş olması ile olmaması eşittir.

Çocuk yetişkin olur da, nesep iddiasını ikrar ederse, nesebi dâvacıya ait olur. Çocuğu özgür kılan diğer ortak onun nesebini iddia eder de çocuk bunu inkar ederse, özgür kılmayan ortağın nesep iddiası geçerli olmaz. Çünkü onun köle üzerindeki mülkiyet payı devam etmektedir. Köle onun mükâtebi hükmündedir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre özgür kılma işlemi bölünemez. Bu yüzden ortaklardan birinin nesep iddiası ancak çocuğun bunu doğrulaması ile geçerli olur.

Bir erkek ve kadının birlikte nesep iddiaları, evliliklerini göstermesi

Bir erkek ve özgür bir kadın, bunlardan birinin elinde bulunan çocuğun kendi oğulları olduğu konusunda birbirini doğrulasalar kadının erkeğin eşi olduğuna hükmedilir.

Çünkü erkek ve kadının mutlak olarak yaptıkları nesep ikrarı aralarında dinen geçerli olan bir ilişkiden dogma çocuk olarak kabul edilir. Bu ise nikahla olur. Dolayısıyla onların çocuğun nesebinin kendilerine ait olduğu konusunda birbirini doğrulamaları aslında nikah konusunda birbirini doğrulamaları anlamına gelir. Bu şekilde mutlak yapılan ikrar, geçerli nikaha yorulur.

Kadının özgür olup olmadığı bilinmiyorsa ve o, "ben senin ümmü veledinim. Bu da benim senden olma oğlumdur" dese, erkek "o, benim senden doğma

oğlum, sen de benim karımsın" dese, her ikisinin nesep konusunda birbirini doğrulaması nedeniyle çocuk onların oğlu olur. Ancak kadın, erkek lehine kendisinin köle olduğunu ikrar etmiş, erkek bunu yalanlamıştır. Bu durumda kadın üzerinde kölelik sabit olmaz. Erkek kadın üzerinde nikah iddiasında bulunmuş, kadın ise bunu inkar etmiştir. Bu durumda onlar arasında nikah da sabit olmaz. Ancak tarafların, yatak hakkını doğuran şeyde birbirini yalanlamaları, birbirini doğruladıkları yatak hakkının hükmü olan çocuğun nesebinin ikisine ait olmasını engellemez.

Kadın, erkeğin eşi olduğunu iddia etse, erkek "o benim ümmü veledimdir" dese, belirttiğimiz nedenle önceki mesele ile hüküm aynı olur.

Çocuğun nesebini erkeğin geçerli nikaha, kadının geçersiz nikaha bağlaması

Erkek kadına "bu benim senden nikahtan doğan oğlumdur" dese, kadın "doğru söylüyorsun, çocuk geçersiz nikahtan doğmuştur" dese, kadının sözü kabul edilmez. Çünkü burada gerçekte taraflar arasındaki anlaşmazlık nikahın geçerli mi geçersiz mi olduğu yolundaki iddiadadır. Tarafların nikahın aslen var olduğu konusunda birbirini doğrulamaları nikahın geçerli olduğunu ikrar etmeleri anlamına gelir. Bundan sonra nikahın geçersiz olduğunu iddia eden kişinin iddiası, aradaki çelişki nedeniyle kabul edilmez.

Koca, "çocuk geçersiz nikahtan doğmuştur" dese, kadın "geçerli nikahtan doğmuştur" dese, çocuğun nesebi sabit olur. Kocaya geçersizliğin nereden kaynaklandığı sorulur. Koca nikahın geçersiz olmasını gerektiren nedenlerden birini söylerse, onun kadının kendisine şu an haram olduğu ikrarına dayanılarak eşler hakim tarafından ayrılır. Bu, koca tarafından kesin boşama (bâin talak) işleminin gerçekleştirilmesi olarak kabul edilir. Bu yüzden kadın iddet nafakası alır. Çünkü kocanın nikahın aslının geçersiz olduğu konusundaki sözü belirttiğimiz nedenle kabul edilmez. Ancak koca, karısından ayrılma imkânına sahiptir. Bu nedenle ikrarı tıpkı eşlerin hakim tarafından ayrılması gibi boşamayı gerçekleştirmeye yorulur. **[17/176]**

Allah doğruyu daha iyi bilir.

ALDANMA

(Bir Câriyenin Kendisini Özgür Göstererek Birisiyle Evlenmesi)

Yezid b. Abdullah b. Kusayt (rh.a.)'tan rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: "Bir câriye satıldı. Bu câriye satıldığı kabileye gitmekten kaçınarak bir başka kabileye katıldı. Benû Azre kabilesinden bir adam bu câriye ile evlendi. Kadın pekçok çocuk doğurdu. Daha sonra câriyenin efendisi gelerek durumu Ömer b. Hattâb (r.a.)'a iletti. Bunun üzerine Ömer, câriyenin efendisine ait olduğuna hükmetti. Babaya da, köle olan çocukları karşılığında efendiye köle vererek, câriye

olan çocukları karşılığında da câriye vererek çocuklarını kölelikten kurtarmasına hükmetti".

Bu rivayet, aldatılan kişinin çocuğunun, hak sahibinin ondan alacağı bedel karşılığında özgür olacağına delildir. Bazı âlimler bu hadisin görünüşünü alarak şöyle demişlerdir: Aldatılan kişinin çocuğu dengiyle yani erkek çocuğu erkek köle ile, kız çocuğu câriye ile ödenir. Bize göre bu çocuk değeri üzerinden ödenir. Bu hadis de şu şekilde yorumlanır: "erkek çocuk, erkek köle değeri karşılığında, câriye de câriye değeri karşılığında özgür olur". Hadiste kastedilen şekil bakımından değil, değer bakımından denkliktir. Çünkü delille (nassla) sabit olmuştur ki canlılar dengi ile ödenmez. Nitekim Peygamber (s.a.v.) iki kişiye ait olup, sahiplerinden birisi tarafından özgür kılınan köle ile ilgili olarak şöyle buyurmuştur:

إن كان موسرا قوم نصف قيمته لشريكه

"Özgür kılanın durumu iyiyse, özgür kıldığı kölenin değerinin yarısını ortağına öder" [66]

Ömer (r.a.)'den de bu şekilde rivayet edilmiştir. Bu, aynı zamanda Muhammed (rh.a.)'in bundan sonra Şa'bî yoluyla Ali (r.a.)'den rivayet ettiği şu hadisin de yorumudur: Bir adam câriye satın aldı. Câriye ondan bir çocuk dünyaya getirdi. Daha sonra câriyenin gerçek sahibi ortaya çıktı. Durum Ali'ye iletildi. O, câriyenin efendisine ait olduğuna hükmetti. Alıcının da satıcıdan alacağı çok veya az bir bedel karşılığında çocuğunu özgürlüğe kavuşturmasına hükmetti. Bu hadiste "câriyenin, çocuklarının câriyenin efendisine ait olmasına hükmetti" sözüyle, çocukların efendiye teslim edilmesine hükmetti anlamı kastedilmemiştir. Bununla kastedilen çocukların efendinin hakkı olduğudur. Yani çocuklar bir bakıma onun mülküdür. Bu nedenledir ki efendi aldatılan kişiden çocukların değerini almaya hak kazanır. Rivayette bu durum satıcıya dayandırılmıştır. Şöyle ki sonuç itibarıyla ödemede bulunacak olan satıcıdır. Alıcı, efendiye ödediği çocukların bedelini satıcıdan alır. "çok veya az bir bedel karşılığında" sözünün anlamı "miktarı neye ulaşırsa ulaşsın, değeri karşılığında" anlamına gelir. Aldatılan kişinin çocuğu konusunda bizim kabul ettiğimiz temel kural budur. Çünkü aldatılan kişi açısından çocuk aslen özgürdür. Hak sahibi olan efendi açısından ise asıl olan anneye sahip olmakla, sahip olduğu bir köledir. Çünkü efendi lehine ödemeye hükmetmenin bundan başka bir nedeni olamaz. Çünkü sperm değeri olan bir mal olmadığından yok etmekle ödenmez. Yalnızca mülkler asıl sahiplerine geri verilmediğinde ödemeye tabi olur. Bu meselede de aldatılan kişi, çocuk lehine sabit olan özgürlük hakkı nedeniyle onun efendiye teslim edilmesine engel olmaktadır. Bu meselede her iki tarafın yararını göz önüne almak gerekir. Aldatılan kişinin yararı çocuğun

---

[66] Buhârî, Şirket 14; Müslim, İbn Mâce, Itk 6; Itk 1; Ebû Dâvûd, Itk 5; İbn Hibbân, *Sahih*, X/156; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X/283; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/292.

özgür olmasını sağlamakla gerçekleşir. Çünkü o, kendi sperminden doğacak çocuğun köle olmasına razı olmamıştır. Hak sahibi olan efendinin yararı ise çocuğun köle olmasındadır. Çünkü kendisinin mülkünün bir parçası olan çocuk üzerindeki mülkiyeti iptal edilemez. Bu durumda efendinin çocuğu istemesinden sonra aldatılan kişinin çocuğun efendiye verilmesine engel olması nedeniyle aldatılanın çocuğun değerini ödemesi gerekir. Ödemede çocuğun dâva anındaki değeri esas alınır. Dâvadan önce ölen çocukların değerini ödemez. Çünkü çocuğun efendiye verilmemesi ancak efendinin isteminden sonra söz konusu olur. [17/177]

Bu anlaşıldıktan sonra şunu söyleriz: Bir câriye, özgür olduğunu söyleyerek bir erkeği kandırsa, erkek de onunla evlense, câriye çocuk doğursa, daha sonra câriyenin efendisi gelip onun kendisinin câriyesi olduğuna delil getirse, kadının onun câriyesi olduğuna, çocuğun da câriyenin efendisine ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü asl üzerinde hak sahibi olmak ondan doğan şey üzerinde de hak sahibi olmayı gerektirir. O, aslın parçası hükmündedir. Bu neden hakim nezdinde ortaya çıkmıştır. Çocuğun özgür olmasını gerektiren neden yani aldatma ise sabit olmamıştır. Ancak koca, özgür olduğuna inanarak kadınla evlendiğine delil getirirse, çocuğun özgürlüğünü ispatlamış olur. Çocuk özgür olup onun üzerinde efendi bir hak iddia edemez. Babası onun değerini, hüküm anında derhal kendi malından öder. Bu çocuğun malından ödenmez. Çünkü ödemenin nedeni olan, çocuğu efendiye vermeme çocuk tarafından değil baba tarafından yapılmıştır. Hak sahibi olan efendinin çocuk üzerinde velâ hakkı yoktur. Çünkü o aslın (câriyesinin) bir parçasıdır. Babasının onun değerini efendiye ödeme zorunluluğu nedeniyle biz onun köle olduğunu varsaymıştık. Oysa zorunluluk nedeniyle sabit olan şey, zorunluluk sınırını aşamaz.

Dâvadan önce çocuk ölürse babanın onun değerinden bir şey ödemesi gerekmez. Çünkü çocuk gerçekte köle olsaydı ödemeye tabi olmazdı. Bize göre gasp edilen câriyeden doğan çocuk emanettir. Çocuk gerçekte köle olmadığına göre, onun ödemeye tabi olmaması daha önceliklidir.

Çocuk öldürülür ve babası onun diyetini alırsa, çocuğun değerini, hak sahibi efendiye öder. Çünkü diyet can bedelidir. Bedeli vermemek aslı vermemek gibidir. Dolayısıyla bununla ödemeyi gerektiren neden gerçekleşir. Babanın diyeti almasına hükmedildiği halde o diyeti almamışsa, çocuğun değerini efendiye ödemesi de gerekmez. Çünkü çocuğun can bedeli olan diyet, babasının eline geçmedikçe, babanın çocuğu efendisinden alıkoyması söz konusu olamaz. Baba diyetten, öldürülen çocuğun değeri kadarını teslim alırsa, çocuğun değerini hak sahibine ödemesine hükmedilir. Çünkü bedel, babanın eline geçtiğinde, onu hak sahibinden alıkoyma söz konusu olmaktadır. Çocuğun değerine ulaşan miktarı hak sahibinden alıkoymak, hüküm bakımından çocuğun kendini alıkoymak gibidir. Bu nedenle hak sahibinin, çocuğun değerini almasına hükmedilir.

Öldürülen çocuğun oğlu olursa, onun diyetini ve mirasını alır. Çocuğun değeri diyet kadar veya diyetten daha düşük ise, babanın bunun dengini efendiye ödemesine hükmedilir. Çünkü çocuğun bedeli olan miktarı alıkoyma söz konusudur. Bu ödemenin çocuğun diyetinden veya terekesinden ödemesine hükmedilmez. Çünkü bu ödeme, özgürlük nedeniyle babanın çocuğunu, efendisine teslim etmemesinden kaynaklanmaktadır. Oğlun terekesinden yalnızca oğlun üzerindeki borçların ödenmesine hükmedilir. Baba ölmüşse, söz konusu bedelin babanın terekesinden ödenmesine hükmedilir. Çünkü bu babanın borcudur. Dolayısıyla onun terekesinden tahsil edilir. Babanın bundan başka borçları varsa, hak sahibi efendi de çocuğun değeri miktarında diğer alacaklılar arasına katılır. Çünkü onun alacağı diğerlerinin alacağı gibidir.

Baba, kadın ile onun özgür olduğuna inanarak evlendiği konusunda delile sahip olmaz ve hak sahibi efendi, onun "kadının câriye olduğunu bilmiyordum" şeklinde yemin etmesini isterse, babaya bu konuda yemin teklif edilir.

Çünkü o, ikrar etmesi durumunda kendisi hakkında bağlayıcı olacak bir şeyi iddia etmektedir. Bunu inkar ettiğinde de kendisine yemin teklif edilir. Ancak bu yemin başkasının fiili ile ilgili olduğundan "....bilmiyorum" şekilde olur, kesin şekilde olmaz.

Bir erkek satın alma veya bağış veya sadaka yahut vasiyet gibi bir kullanım sonrasında sahip olduğu câriyeden çocuk sahibi olsa, sonra da câriyenin gerçek sahibi ortaya çıksa o câriyeyi ve çocuğun değerini alır.

[17/178] Çünkü aldanmayı gerektiren şey, görünüşe göre câriyeyi ümmü veled kılması nedeniyle kendisine ait olan mülkiyettir. Bu da vardır. Görünüşte var olan şey, gerçekten bulunmuş olsaydı çocuk özgür olurdu. Görünüş itibarıyla çocuğun özgürlük hakkı da sabit olur. Bu meselede baba, câriye için ödediği bedeli ve çocuğun değerini satıcıdan geri alır. Çünkü satın alınan şey (câriye) sonuç itibarıyla kendisine teslim edilmiş değildir. Oysa bedelli akitle onun kendisine her türlü kusurdan uzak olarak teslim edilmesine hak kazanmıştır. Malın gerçekte başkasına ait olmasından daha büyük bir kusur olmaz. Bu yüzden baba, câriyenin gerçek sahibine ödediği bedeli satıcıdan geri alır. Bize göre câriyenin ukrunu satıcıdan alamaz. Şafiî (rh.a.)'ye göre çocuğun değerini satıcıdan geri aldığı gibi câriyenin ukrunu da alır. Çünkü bu, akitle câriyenin kendisine teslim edilmesi hakkını yitirten bir nedenle gerekli olmuş bir ödemedir.

Biz Hanefîler ise şöyle demekteyiz: Ukr, erkeğin kadından cinsel olarak yararlanmasının karşılığı olarak gerekli olmuştur. Eğer bu bedeli de satıcıdan geri alacak olsa, cinsel yararlanma karşılıksız olurdu. Başkasının mülkü olan kadınla cinsel ilişkide bulunmak karşılıksız olamaz.

Bize göre bu meselede aldatılan kişi kadını bağışlayandan, sadaka olarak verenden, vasiyet edenden çocukların değerini alamaz. Şafiî (rh.a.)'ye göre ise

alabilir. Çünkü ona göre söz konusu kişilerin mülklerini, aldanan kişiye teklifle vermeleri ile aldanma meydana gelmiştir. Şafiî (rh.a.) ister bedel karşılığı olsun ister bedelsiz olsun kadının, kendi mülkü olduğu hükmünü seçmiştir.

Bağışlama kullanımlarında ödeme konusu

Biz ise şöyle diyoruz: Yalnızca aldatmanın bulunması aldananın ödediğini geri alması hakkını doğurmaz. Mesela bir kimse bir başkasına bir yolun güvenli olduğunu söylese, diğer kişi de o yoldan gitse, hırsızlar onun malını çalsalar, malı çalınan kişi yolun güvenli olduğunu söyleyen kişiden mallarının değerini alamaz. Geri alma hakkının doğması, bedelli bir akdin bulunmasına bağlıdır. Çünkü akit konusu şeyin teslim edilme niteliği akitle hak edilir. Bağışlama akitlerinde ise, akit konusu şeyin kişiye teslim edilmesi onun hakkı olmaz. Bu nedenle bedelsiz akitte, akit konusu şeyin kusurlu çıkması durumunda onu geri verme hakkı bulunmaz. İşte bu nedenle bu meselede aldanan kişinin, câriyeyi teberru yoluyla kendisine teslim eden kişiden çocukların değerini alma hakkı olmaz. Çünkü teberru akdi, teberruda bulunan kişi üzerine ödeme yükünün yüklenmesine neden olmaz. Görmez misin teberru akitlerinde teslimden önce mülkiyet gerçekleşmez.

Alıcı câriyeyi başkasına satsa, câriye de yeni alıcıdan çocuk doğursa, daha sonra câriyenin gerçek sahibi çıksa, ikinci alıcı çocuğun değerini câriyeyi kendisine satandan (ilk alıcıdan) alır. İlk alıcı da câriyeyi kendisine satan kişiden ödediği bedeli geri alır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ilk alıcı ilk satıcıdan çocuğun değerini alamaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ilk alıcı ilk satıcıdan çocuğun değerini de alır. Onların bu konudaki delili şudur: İlk alıcı câriye üzerindeki mülkiyeti teklif yoluyla başkasına devretmiştir. Onun bu yolla mülkiyeti devrettiği kişinin câriyeden çocuk sahibi olması, tıpkı kendisinin o câriyeden çocuk sahibi olması gibi kabul edilir. Çünkü birinci alıcının ödediğini birinci satıcıdan geri alması, akitle hak sahibi olduğu, akit konusunun kendisine teslim edilmesi hakkını ortadan kaldırır. Bu durum ilk alıcı ile ikinci alıcı arasında söz konusu olduğu gibi ilk alıcı ile ilk satıcı arasında da söz konusu olur. Görmez misin ikinci alıcı kusur nedeniyle câriyeyi ilk alıcıya geri verse ilk alıcı onu satıcısına geri verme hakkına sahip olur. Aynı şekilde ikinci alıcı ödediği bedeli ilk alıcıdan alınca, ilk alıcı da bunu satıcıdan geri alır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: İlk alıcı, yenilik doğuran bir kullanımı teklif yoluyla gerçekleştirerek, câriye üzerindeki mülkiyeti başkasına devretmiştir. İkinci alıcının ödediğini ilk alıcıdan geri alması, onun satışından önce meydana gelen aldatma nedeniyle değil, satıcının (ilk alıcının) gerçekleştirdiği aldatma nedeniyledir. Bu durumda ikinci satıcının aldatması ilk satıcının aldatmasını ortadan kaldırmıştır. Bu şuna benzer: Bir kimse yolun ortasına bir çukur kazsa, bir başka insan da bu çukura birini atsa, ödeme onu kuyuya atana gerekir. Bu kişi, ödediğini çukuru kazandan geri alamaz. Üzerinde olduğumuz mesele de bunun benzeridir. Bunu şöyle açıklamak mümkündür: Çocuğun değerini geri almak, **[17/179]**

kusur konusunda dâva açmak gibidir. Alıcı, mülkiyeti ancak satıcıdan elde ettiyse kusur konusunda ona dâva açabilir. Bizim meselemizde ise bu mülkiyet, ikinci alıcının mülkiyeti ile ortadan kalkmış, ikinci alıcının çocuğun değerini ilk alıcıdan geri almasıyla ona geri dönmemiştir. Kusur yoluyla malın geri verilmesi bundan farklıdır. Çünkü bu durumda ilk alıcı mülkiyeti satıcıdan elde etmiş, sonra da mülkiyet kendisine dönmüştür. "Sulh" konusunun son bölümünde belirtilen şu mesele konumuzun benzeridir: İkinci alıcı, malda bir kusur bulsa, kendisinin elinde iken malda meydana gelen yeni bir kusur yüzünden malı geri vermesi de mümkün olmasa, bu kusurun malda meydana getirdiği eksilmeyi, malı kendisine satandan geri alsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre malı ona satan kişi, bu eksilmeyi ilk satıcıdan alamaz. Çünkü ilk alıcının ilk satıcıdan elde ettiği mülk, kendisine geri dönmemiştir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ilk alıcı (ikinci satıcı) ikinci alıcıya ödediği maldaki eksilme miktarını ilk satıcıdan geri alır. Çünkü malın geri verilmesinin mümkün olmaması durumunda, kusurun doğurduğu eksilmeyi geri almak, geri vermenin mümkün olması durumunda malın kusur nedeniyle geri verilmesi gibidir.

İki kişi bir câriye satın alsa, bunlardan biri kendi payını diğerine bağışlasa, ardından câriye doğum yapsa, sonra da câriyenin gerçek sahibi ortaya çıksa, câriyeyi, ukrunu ve çocuğunun değerini alır. Baba, câriyenin bedelinin yarısını ve çocuğun değerinin yarısını satıcıdan geri alamaz.

Çünkü o, câriyenin yarısını onun tarafından bedelli akit hükmü gereğince elde etmiştir. Parça bütüne kıyas edilir. Baba, câriyedeki payını bağışlayandan çocuğun değerinden hiçbir şey, alamaz. Çünkü o, câriyenin yarısına teberru yoluyla diğer ortağın bağışlaması ile sahip olmuştur. Bağışlayan ise câriyenin bedelinin yarısını satıcıdan alabilir. Çünkü bağışlayan kişi tarafından câriyede yarısını elde etmiş kişinin payında hak sahibinin çıkması, sanki bağışlayanın kendi payı üzerinde hak sahibinin çıkması gibidir. Bu nedenle bağışlayan, câriye üzerinde kendisine ait olan payda hak sahibi çıktığı için, bunun değerini satıcıdan geri alır. Bağışlayan kişi, çocuğun değerinden herhangi bir şeyi ödemeyle yükümlü olmadığından satıcıdan bir şey alamaz.

İki kişiye ait olan bir câriye doğum yapsa, efendilerden birisi çocuğun nesebini iddia ederek câriyenin değerinin yarısı ile ukrunun yarısını ortağına ödese, sonra câriyenin gerçek sahibi ortaya çıksa, câriyenin ona ait olduğuna hükmedilir. Çocuğun değeri ile ukru da hak sahibi (câriyenin gerçek sahibi) alır. Çünkü görünüşte câriyenin yarısı üzerinde ortağın mülkünün bulunmasıyla aldanma meydana gelmiştir. Çocuğun aslen özgür olduğunu ispat etme konusunda, bu miktar itibarıyla câriyenin ümmü veled kılınması geçerlidir. Daha sonra aldanan kişi satıcıdan câriyenin değerinin yarısı ile çocuğun değerini alır. Diğer ortağa ödemiş olduğu câriyenin değerinin yarısı ile ukrunun yarısını da geri alır. Çünkü onun,

ortağının payına malik olmadığı ve câriye, ortağının mülkünde iken ilişkide bulunmadığı anlaşılmıştır. Ortağından çocuğun değeri ile ilgili bir şey alamaz. O, ortağı tarafından aldatılmış değildir. Onun ortağının mülküne sahip olması, onun isteğiyle olmamıştır. Diğer ortak ise, satın alınan malın üzerinde başka hak sahibinin çıkması nedeniyle ödenen bedelin yarısını satıcıdan alır.

Bir mükâtep veya köle, efendisinin izniyle özgür bir kadınla evlense, kadın doğum yapsa, sonra birisi kadında hak iddia edip ispat etse, kadının o kişinin câriyesi olduğuna hükmedilir. Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre çocuk köledir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşü ile Muhammed (rh.a.)'e göre ise çocuk değerinin ödenmesi karşılığında özgür olur. Bu "nikah" konusudur. Muhammed (rh.a.)'e göre özgür kılınma aldanma nedeniyledir. Aldanma, özgür bir insan için söz konusu olabileceği gibi, köle hakkında da olabilir. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise iki köleden doğan bir kişi özgür olamaz. Biz bu konunun bir bölümünü daha önce açıkladık. [17/180]

Mükâtep satın alma yoluyla aldandığında da hüküm böyledir. Bu mesele de imamlar arasında anlaşmazlık vardır. Ancak önceki meselede Muhammed (rh.a.)'e göre çocuk özgür olur. Mükâtep konusunda ise çocuk babası gibi mükâtep olur.

Bir kimse, birisinin ümmü veled, mükâtep veya müdebberini başka bir kişiden satın alsa, onunla ilişkide bulunsa, câriye doğum yapsa, daha sonra câriyenin efendisi gelse, câriyenin onun olduğuna hükmedilir. Baba, aldanma nedeniyle ümmü veledin veya müdebber câriyenin efendisine çocuğun değerini öder. "Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ümmü veledin çocuğu, tıpkı annesi gibi mal değildir. Bu durumda çocuk nasıl ödemeye tabi olur?" şeklinde bir itiraz ileri sürülemez. Çünkü bu, kadının ümmü veledliğinin sabit olmasından sonra olur. Oysa bu durum çocuk hakkında söz konusu değildir. O, ana karnına özgür olarak düşmüştür. Bu nedenle de babası tarafından değeri üzerinden ödemeye tabi olur. Bu değer mükâtep câriyeye ödenir. Bundan kastedilen şudur: Aldatma kadın tarafından yapılmışsa, baba, çocuğun değerini ödemekle yükümlü olmaz. Bu konuda "Özgür kılma" kitabında bilindiği üzere Ebû Yusuf (rh.a.)'a ait iki görüş bulunmaktadır. Aldatma kadından başkası tarafından yapılmışsa babanın, çocuğun değerini ödemesi gerekir. Bu bedel de mükâtep kadının hakkıdır. Çünkü çocuk onun bir parçası olduğundan, o çocuğu üzerinde herkesten fazla hak sahibidir. Çocuğun bedelinde de aynı şekilde herkesten fazla hak sahibidir.

Bir mükâtep veya ticarete izinli bir köle bir câriye satsa, satın alan kişi ondan çocuk sahibi olsa, sonra câriyenin gerçek sahibi çıksa, çocuğun babası çocuğun değerini satıcıdan alır.

Çünkü çocuğun değerini alması, alıcının satıcıya karşı bedelli akit ile satın alınan şeyin tamamen kendisine teslim edilmesini hak etmesi nedeniyledir. Bu, sorumluluk açısından, mükâtep ve izinli köle özgür kişi gibidir. Ticaretten doğan

ödeme, kusur nedeniyle malın geri verilmesi gibidir. Malın geri verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, malın değerini azaltan kusur satıcıdan alınır.

Bir kimseye babasından miras olarak câriye kalsa, o, câriyeden çocuk sahibi olsa, sonra câriyenin gerçek sahibi ortaya çıksa, mirasçı hakkında aldanma gerçekleştiğinden, çocuk değeri karşılığında özgür olur. Mirasçı, câriyede hak sahibi olan bir kimseyi bilmediği için, onun kendi mülkü olduğunu kabul ederek çocuk sahibi olmuştur. Mirasçı daha sonra câriyeden satış bedelini ve çocuğun değerini, onu miras bırakana satan kişiden alır. Çünkü mirasçı, mülkü konusunda miras bırakanın yerini alır. Mirasçıya yeni bir mülkiyet değil, miras bırakana ait mülkiyet geçer. Görmez misin mirasçı, kusurlu bir malı, miras bırakana satan kişiye geri verebilir. Şu halde mirasçı, mülk konusunda miras bırakan konumundadır. Aldanma nedeniyle ödenen miktarın geri alınması konusunda da böyledir. Kendisine câriye vasiyet edilen kişi ondan çocuk sahibi olsa, sonra da câriyenin gerçek sahibi çıksa, kendisine vasiyet yapılan kişi, (mûsâ leh) ödediği miktarı câriyeyi vasiyet edene satan kişiden alamaz. Çünkü bu mülk, satıcının satışı ile elde edilen mülkten farklıdır. Bu nedenle mûsâ leh, kusur nedeniyle malı, vasiyette bulunan kişiye satan kişiye geri veremez. Aynı şekilde aldanma nedeniyle ödediği parayı da geri alamaz.

Lehine vasiyet edilenin kendisine vasiyet edilen malı kusur nedeniyle vasiyet edene satana geri vermesi

Bir kimse, ölüm hastalığı sırasında elindeki câriyenin bir kimsenin kendisine emanet bıraktığı câriye olduğunu ikrar etse, kendisinin mal varlığını aşan bir borcu bulunsa, yahut da hiç borcu bulunmasa, mirasçısı onun ölümünden sonra babasının bu ikrarını bilerek câriyeden çocuk yapsa, daha sonra birisi delil getirerek câriyenin kendisine ait olduğunu ispat etse, câriyenin ve çocuğunun o kişiye ait olduğuna hükmedilir.

Çünkü burada mirasçı aldatılmış değildir. O, câriyenin kendi mülkü olmadığını bildiği halde ondan çocuk sahibi olmuştur. O câriye, miras bırakanın mülkü de değildir. Böylelikle o, kendi sperminden doğacak çocuğun köle olmasına razı olmuştur. Çocuk, câriyenin sahibinin olur.

Ölüm hastalığında olan kişi câriyenin başkasına ait olduğunu ikrar etmese, kendisinin de mal varlığını aşan bir borcu bulunsa, mirasçının câriyeden çocuk yapması durumunda, mirasçı çocuğun değerini ve câriyenin ukrunu, câriyenin gerçek sahibine öder. Çocuk özgür olur. Çünkü burada mirasçı aldatılmış hükmündedir. Borçla kuşatılmış tereke üzerinde mirasçının mülkiyetinin söz konusu olup olmayacağı konusunda âlimler arasında açık bir görüş ayrılığı vardır. "Bu durumda mirasçı terekeye sahip olur" görüşünde olanlar şunu söylemektedir: "Mirasçının kadın üzerinde mülkiyet nedeni tamdır. Bu nedenle mirasçı başka bir maldan borcu ödemek suretiyle câriyeyi kendisi için ayırabilir. Mirasçı câriyeyi özgür kılsa, sonra borç düşse, özgür kılma geçerli olur". Câriye ümmü veled olsa, onu evlendirse, nikah geçerli olmaz. Bundan aldanmanın gerçekleştiği

[17/181]

anlaşılmaktadır. Bu nedenle çocuğu, değeri ödenmek suretiyle özgür olur. Terekenin borç tarafından kuşatılmış olması durumunda, câriye borç karşılığında satılır. Çünkü terekeyi kuşatan borç, mirasçının yaptığı özgür kılma işlemini engellediği gibi mirasçı tarafından câriye üzerinde gerçekleştirilen ve özgürlük hakkı doğuran işlemi de engeller. Aldanan kişinin câriyenin ukrunu ödemesi gerekir. Çünkü bu, başkasının mülkünde gerçekleşen bir birleşmedir. Şüphe ile had cezası düşse bile ukru öder.

Bir kimse câriyenin kendisine ait olduğuna delil getirse, daha önce belirttiğimiz üzere câriyenin, çocuğun değerinin ve câriyenin ukrunun ona ait olduğuna hükmedilir.

Ölen birisine ait olan câriye sahibinin, câriyenin değerini aşmayan borcu bulunsa, mirasçı câriye ile ilişkide bulunsa, câriye doğum yapsa, mirasçı câriyenin değerini ve ukrunu öder. Çünkü borç, mal varlığını kapsamadıkça mirasçının terekeye sahip olmasını engellemez. Bu nedenle mirasçının câriyeden çocuk sahibi olması geçerlidir. Ancak alacaklıların hakkı, mirasçının hakkından önce gelir. Bunun için mirasçı, câriyenin değerini ödemekle yükümlü olur. Çünkü mirasçı, câriyeyi ümmü veled kılmakla, onun mal özelliğini ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle ukrunu da öder.

İsa b. Eban (rh.a.) şöyle demiştir: "Bu hüküm yanlıştır. Çünkü mirasçı kendi mülkü olan bir câriyeyi ümmü veled yapmıştır. Câriyenin değeri borç miktarını aşıyorsa, mirasçının câriyeyi ümmü veled kılması ukr ödeme borcunu gerektirmez. Mirasçı ukru niçin ödesin?"

Biz ise şöyle diyoruz: Bu mesele şu şekilde yorumlanmalıdır: Mirasçıların sayısı birden fazla olduğunda, içlerinden birinin ortak olarak sahip olunan câriyeden çocuk sahibi olması, ortakların mülkü oranında ukrun ve değerin ödenmesini gerektirir.

Bazı rivayetlerde yer aldığına göre –ki bu ayna zamanda Bişr'in de görüşüdür- terekeden borcun ödenmesi öne alınır. Bu durumda câriye mirasçının mülkü olmaz. Bu yüzden mirasçının câriye ile birleşmesi durumunda, hem câriyenin değerini hem de ukrunu ödemesi gerekir. Ödenecek olan bu miktardan önce borç ödenir. Kalan miktar da mirasçıların olur. Câriye ile birleşen mirasçının bundaki payı düşer. Bu durumda mirasçı çocuğun değerini ödemez. Çünkü câriye, ortak câriye hükmündedir. Daha önce açıkladığımız gibi ortaklardan biri, ortak câriyeden çocuk sahibi olduğunda, çocuğun değerinden hiçbir şey ödemez.

Bir kimse, satıcının gasbettiğini bildiği, gasp edilmiş bir câriyeyi satın alsa veya yalan söylediğini bildiği halde "ben özgürüm" diyen bir kadınla evlense, sonra da kadın doğum yapsa, erkek gerçeği bildiğinden, burada aldatma söz konusu olmadığı için, çocuk köle olur. Ayrıca erkek, kadının başkasının mülkü olduğunu

bildiği halde ondan çocuk yapmakla, kendi sperminden yaratılacak çocuğun köle olmasına razı olmuştur.

Bir erkek, başkasına ait olduğunu bildiği bir câriyeyi sahibinden başka birinden satın alsa, satıcı "sahibi beni satmaya vekil kıldı" veya "sahibi öldü ve bu câriyeyi bana vasiyet etti" dese, satın alan câriyeden çocuk yapsa, daha sonra câriyenin sahibi gelerek vekilliği ve vasiyeti inkar etse câriyeyi alır.

Çünkü onun câriye üzerindeki mülkiyeti bilinmektedir. Satımına izin verdiğini inkar ettiğinden, bu izin geçerli değildir. Câriyenin sahibi câriyenin ukrunu ve çocuğun değerini de alır. Satıcının verdiği haberle aldanma gerçekleşmiştir. Satıcının söylediği şey doğru olsaydı, câriye alıcının mülkü olurdu. Satıcının yukarıdaki sözü söylemesiyle, "câriye benim mülkümdür" demesi, câriyeyi alıcıya teslim etmeyi yüklenme borcunu doğurması açısından eşittir. Câriyeyi ümmü veled kılan kişi, çocuğun değerini ödedikten sonra, câriyenin bedeli ile birlikte çocuğun değerini satıcıdan alır. Çünkü satıcı, teslimi yüklendiği şeyi teslim etmemiştir.

Vekil, vekil eden için bir câriye satın alsa, vekil eden ondan çocuk yapsa, daha sonra câriyenin sahibi çıksa, o câriyeyi, ukrunu ve çocuğun değerini, câriyeyi ümmü veled kılandan alır. Câriyeyi ümmü veled yapan da, câriyenin bedelini ve çocuğun değerini satıcıdan alır. Bu konuda satıcıya dâva açma işini vekil üstlenir. Çünkü satıcı akitle câriyeyi her türlü kusurdan uzak olarak teslim etmeyi üstlenmiştir. Vekil bu konuda yetkilidir. Görmez misin malın kusurlu çıkması durumunda, satıcıya dâva açma konusunda yetkili, vekil eden değil vekildir. Câriyenin bedelini ve çocuğun değerini geri alma konusunda da dâva işini üstlenen vekildir.

[17/182]

Satıcı "ben çocuğun babasına bir şey satmadım" veya "bu kişi câriyeyi benden onun için satın almadı" dese, vekil de câriyeyi falan kişinin emriyle onun için satın aldığına delil getirse, delil ile sabit olan bu husus, karşı tarafın (hasmın) ikrarı ile sabit olmuş gibi kabul edilir. Tanıklar, vekil eden olduğu iddia edilen kişinin satın alma için emir verdiğine tanıklık etmemekle birlikte, alıcının câriyeyi falanın malı ile onun için satın aldığını ikrar ettiğine tanıklık etseler, alıcının bu ikrarı satın almadan önce olur ve tanıklar da buna tanıklık ederlerse, bununla önceki konu hükmen aynı olur. Çünkü biz kişinin o vakitte ikrarını işitsek satın alma, vekil eden lehine mülkiyeti gerektirir. Bunun delil ile sabit olması durumunda da hüküm böyledir. Tanıklar alıcının bunu satıştan sonra câriyenin doğum yapmasından önce ve sonra ikrar ettiğine tanıklık etseler tanıkların sözleri satıcı hakkında kabul edilmez. Çünkü alıcının câriyeyi satın alması, mülkiyetin ona ait olmasını gerektirir. Herkesin yaptığı kullanım, bunu başkası adına yaptığına dair delil bulununcaya kadar, kendisi hakkında geçerli olur. Alıcının bundan sonra ikrarda bulunması satıcı açısından yeni bir teklif gibi kabul edilir. Çünkü alıcının bu ikrarı, satıcı hakkında doğrulanmaz. Alıcı, câriyeyi ilk olarak ümmü veled kılan

kişinin mülkü yapsa, bundan sonra çocuğun değerini satıcıdan geri alma konusunda onunla satıcı arasında dâva olamaz. Bizim meselemizde de böyledir.

Câriyeyi elinde tutan kişi ondan çocuk sahibi olduktan sonra, onun gerçek sahibi ortaya çıksa, câriyeyi ümmü veled kılan "ben onu falandan şu bedel karşılığında satın aldım" dese, o kişi de kendini doğrulasa, câriyede hak iddia edip ispatlayan kişi ise her ikisini yalanlasa, câriyenin gerçek sahibinin sözü kabul edilir.

Çünkü çocuğa sahip olma nedeni, yani câriye üzerinde hak sahibi olma, onun için açıktır. Diğerleri ise söyledikleri sözle onun çocuk üzerindeki mülkiyetini geçersiz kılmaya çalışmaktadırlar. Onların sözleri bu konuda kabul edilmez. Ancak yine de gerçek hak sahibine şu şekilde yemin ettirilir: "Ben, şu kişinin câriyeyi öbüründen satın aldığını bilmiyorum". Çünkü hak sahibi bunu ikrar etse, çocuk özgür olur. İnkar ettiğinde kendisine yemin teklif edilir.

Satıcı, câriyeyi ümmü veled kılan kişinin sözünü inkar etmekle birlikte, câriye sahibi onu doğrulasa, hak sahibinin çocuğun özgür olduğunu ikrar etmesi nedeniyle çocuk özgür olur. Babası, câriye sahibine karşı çocuğun değerini borçlandığını ikrar ettiğinden, çocuğun değerini öder. Hak sahibi ile çocuğun babası satıcıdan bir şey alamaz. Çünkü onların sözü, satıcı hakkında delil olmaz.

Satıcı ve alıcı inkar etse, hak sahibi ise ikrar etse, onun ikrarı ile çocuk özgür kılınır. Çünkü görünüşe göre câriyeyi hak eden çocuğu babasına vermiştir. Hak sahibi babasından çocuğun değerini alamaz. O, kendisi lehine onun aleyhine çocuğun değerini iddia etmektedir. Bir delil olmadıkça bunu hak edemez.

Bir kimse kâr oranı yarı yarıya olmak koşuluyla bir başkasına bin dirhem verse, mudarib (emek-sermaye ortaklığında emek sahibi) de bu parayla iki bin dirheme denk bir câriye alsa, bu câriyeden çocuk sahibi olsa, daha sonra câriyenin gerçek sahibi çıksa, çocuk değeri karşılığında özgür olur.

Çünkü mudarib görünüşe göre câriyenin yarısına sahiptir. Burada aldanma gerçekleşmiştir. Daha sonra mudarib satıcıdan câriyenin bedelini alır. Bu bedel de daha önce olduğu gibi mudarebe sermayesi olmaya devam eder. Mudarib satıcıdan çocuğun değerinin dörtte birini de alır. Çünkü onu geri alması, görünüşte câriye üzerindeki mülkiyeti nedeniyledir. Bu, dörtte bir oranında idi. Bu nedenle bu miktarı satıcıdan geri alır. Aldığı bu miktar yalnızca kendisine ait olup mudarebe malı olmaz. Çünkü bu miktar kendisinin ödediği bedel karşılığındadır. Ödenen bedel ise mudarebe malından değildir.

Mudarib, câriyeden çocuk sahibi olsa, ananın değerinde yeterli fazlalık yoksa, hak sahibi ana ile birlikte çocuğu da alır. Çocuğun nesebi mudaribe ait olmaz. Çünkü o, câriyeye sahip olmadığını bile bile ondan çocuk yapmıştır. Bununla nesep sabit olmaz. O, câriyenin durumunu bildiğinden arada mirasçılık söz konusu olmayınca, çocuk da köle olur. Câriyeyi ümmü veled kılan, sermaye sahibi olsa, câriyenin değerinde yeterli fazlalık yoksa, çocuk özgür olur. O, gerçek sahibine [17/183]

câriyenin değerini öder. Çünkü görünüşe göre câriye, sermaye sahibinin mülküdür. Mudarib onu, sermaye sahibinin emriyle onun için satın almıştır. Bunun ile vekilin satın alması birbirinin aynısıdır. Bu durumda çocuk, değeri karşılığında özgür olur. Satıcıdan câriyenin bedeli ile çocuğun değeri geri alınır. Satıcıya bu konuda dâva açacak olan kişi mudâriptir. Ondan alınacak bedel mudarebe malı, çocuğun değeri ise sermaye sahibinin olur.

Câriyenin değeri iki bin dirheme denk ise bedelin dörtte üçü ile, çocuğun değeri satıcıdan geri alınır. Çünkü mudarib tarafından sermaye sahibinin mülkü kılınan şeyin miktarı bu kadardır. Bu da sermaye ile onun kârdaki payıdır. Mudarib bu miktarı çocuğun değerinden alır. Geriye kalan yalnızca sermaye sahibine ait olur. Satıcıdan geri alınan, câriyenin bedeli ise mudarebe malı olmaya devam eder.

İki kişi bir yetimin vasîsinden[67] bir câriye satın alsa, bunlardan birisi câriyeden çocuk yapsa, daha sonra câriyenin gerçek sahibi çıksa; câriyenin ona ait olduğuna ve çocuğun değerini babasından almasına hükmedilir. Baba, bu değerin yarısını vasîden geri alır.

Çünkü o, câriyenin yarısına vasînin, yaptığı satım ile sahip olmuştur. Çocuğun değerinden bu miktarı kendisinden geri alır. Vasî de bu miktarı yetimin malından alır. Çünkü o, bu konuda yetim adına çalışmaktadır. Bu nedenle bir borç yükü altına girince bunu yetimin malından alır. Yine satıcı, çocuğun babası olsa, geri alma hükmü bakımından vasî gibidir.

Satıcı vekil veya mudarib olsa, mudarebe malında (sermayesinde) fazlalık (kâr) varsa, sermaye sahibinden çocuğun bedelinden ancak sermaye miktarı ile kârın ona ait olan kısmı alınabilir. Çünkü o bu miktarda sermaye sahibi için, kârdan kendi payında ise kendisi için çalışmaktadır. Mudarib bunu sermaye sahibinden alamaz.

Bir kimse, câriye satın alan bir kişiye câriyede hak sahibi çıkması durumunda onun bedelini ödeyeceğine kefil olsa, sonra da câriyede hak sahibi çıksa alıcı kefilden çocuğun değerini alamaz.

Çünkü bu, câriyede kefillik değildir. Bununla yalnızca kefilin üstlendiği teslim niteliği ortadan kalkmaktadır. Bu, alıcının câriyeyi kusurlu bularak geri vermesi gibidir. Böyle bir durumda alıcı, kefilden bir şey alamaz. Bu meselede de alıcı kefilden çocuğun değerinden bir şey alamaz.

Câriye, bir erkeği aldatarak ona, "ben şu kişinin câriyesiyim" dese, adam da onu söz konusu kişiden satın alarak ondan çocuk yapsa, sonra câriyenin gerçek sahibi çıksa; çocuğun babası câriyenin bedelini ve çocuğun değerini câriyeden değil satıcıdan geri alır.

---

[67] Vasî / وصي Bir kimsenin mallarında veya çocuklarının işlerinde tasarruf etmek üzere görevlendirilen kimse. Kendisine "mûsâ ileyh", bu görevi alma işine ise "vesâyet" denir.

Çünkü verdiğini geri alma, bedelli bir akitle satıcının malı kusursuz teslimi üstlenmesi itibarıyladır. Alıcıya bunu vermeyi üstlenen câriye değil satıcıdır. Câriye yalnızca kendisine yalan bir haber söylemiştir. Bu haber de daha önce açıkladığımız üzere çocuğun değerini ödemeyi üstlenmez.

Bir kimsenin birisi ölen ikizlerin nesebini iddia etmesi

Özgür bir kadın bir defada ikiz doğursa, çocuklar büyüyerek mal kazansalar. Sonra bunlardan biri ölerek geride bir oğul bıraksa, daha sonra bir adam gelerek söz konusu kadınla evlendiğini ve onun doğurduğu çocukların kendi oğulları olduğunu söylese, kadın da bunu ikrar etse, hayatta olan oğul ile ölenin oğlu bunu inkar etseler, adamla kadının sözleri başkaları hakkında değil kendileri hakkında doğru kabul edilir. Dolayısıyla her ikisinin doğrulamasıyla aralarında nikah sabit olur. Her ikisi, miras konusunda eşit olduklarını ikrar ettiklerinden, erkek, kadının ölen oğlunun mirasındaki payına dahil olur. Bir kimse öldüğünde geriye bir oğlu ve ana-babası kalsa, ana-babanın her biri altıda bir alır. Bu nedenle kadının elindeki miktar ikisi arasında yarı yarıya bölünür. Kadının oğlu adamın iddiasını ikrar ederse, ikrarı ile nesebi o adama ait olur. Onun nesebinin sabit olması diğer oğlun nesebinin de sabit olmasını gerektirir. Çünkü ikisi ikizdir. Bu yüzden ikisinin de nesebi sabit olur. Ancak adam bu ikrarla ölenin oğluna mirasçı olamaz. Çünkü hayatta olan oğlun, ölenin mirasından payı yoktur. Bu yüzden miras hükmü açısından onun, iddiacıyı doğrulaması ile yalanlaması eşittir. Çünkü miras mal olup, hak sahibi olmanın sabit olması veya ortadan kalkması açısından nesepten ayrılır. Görmez misin ana-baba ile çocuk arasında kölelik veya din farkı bulunduğunda, nesep sabit olduğu halde mirasçılık olmaz.

[17/184]

Bir kimsenin kardeş ikrarında bulunması

İki kardeşten biri bir başka kardeşi bulduğunu ikrar etse, mirasta ortaklık sabit olur. Nesep sabit olmaz. Zaruret gereği sabit olan şeylerde bütün dikkate alınır. Hükümlerden birisi bütün durumunda diğerinden ayrılabiliyorsa, ikrar ile nesep sabit olsa bile miras sabit olmaz.

Yukarıdaki meselede ölenin oğlu, adamın iddiasını kabul ederse, ergenlik çağına ermişse, her iki oğlun nesebi de sabit olur. Çünkü onun bu doğrulaması, babasının doğrulaması yerine geçer. Babasının nesebinin sabit olması, diğerinin nesebinin de sabit olmasını gerektirir. Onunla birlikte dâvacı da mirasçı olur. Çünkü miras konusunda hak onundur. O da mirastan altıda birinin dâvacıya ait olduğunu ikrar etmiştir. Bu da kendisinin elinde babasına ait olanın beşte birdir. Bunu dâvacıya teslim etmesi emredilir.

Bir câriye bir defada ikiz doğursa, bir adam çocuklardan birini satın alıp özgür kılsa, sonra da özgür kılınan ölse de efendisi kendisine mirasçı olsa, sonra bir başkası hayatta olan diğer çocuğu anası ile birlikte satın alsa, çocuğun kendi oğlu olduğunu iddia etse, çocuk yetişkin olmakla birlikte dâvayı ikrar etmese bile çocuğun nesebi ona ait olur. Nesebin ona bağlanması konusunda çocuğun doğrulamasına ihtiyaç yoktur. Ölenin oğlunun nesebi de o dâvacıya ait olur.

Efendinin aldığı miras ona ait olmaz. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi, nesebin sabit olması, mal (miras) konusunda hak sahibi olmayı gerektirmez.

Muhammed (rh.a.) bu konuyu daha önce geçen meseleleri açıklamak üzere söylemiştir. Çünkü "bu yolla efendinin elindeki mal üzerinde de dâvacı hak sahibi olur" dersek, o zaman herhangi bir kimse diğer çocuğu satın alıp, onun nesebinin kendisine ait olduğunu iddia etmek suretiyle, efendinin maldaki miras hakkını ortadan kaldırabilir. Bu ise olamaz. Hükmün yukarıdaki şekilde kabul edilmesi açıkça zorunludur. Bu nedenle biz "diğer çocuğun nesebi zorunlu olarak sabit olsa bile mala / mirasa hak kazanılmaz" dedik.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

İKRAR KİTABI

(كتاب الإقرار)

Büyük ve zâhid imam, imamların güneşi, İslâmın övüncü Ebû Bekr Muhammed b. Ebû Sehl es-Serahsî (rh.a.) yazdırmak suretiyle şunları söylemiştir:

İkrarın aklen delil oluşu

Bil ki; İkrar, doğru ve yalan olma olasılığı bulunan bir haberdir. Görünüş açısından ikrarın doğru da yalan da olması olasılıklıdır. Aslında böyle doğru ve yalan olması olasılıklı olan bir söz delil olamaz. Ancak o, aklî delil nedeniyle delil olarak kabul edilmiştir.

[17/185]

Aklî delil şudur; İkrarda doğruluk yönünün, yalan olma yönünden üstün olduğu ortadadır ve açıktır. Çünkü bir insan kendi aleyhine yaptığı ikrarından dolayı suçlandırılamaz (itham edilmez). Kötülüğü emreden nefis (nefs-i emmâre) insanı başkası hakkında yalan ikrarda bulunmaya veya doğru ikrarda bulunmaktan sakınmaya sevk edebilir. Ancak nefs-i emmâre insanı kendi hakkında yalan ikrarda bulunmaya sevk etmediği gibi, başkası hakkında doğru ikrarda bulunmasına da engel olmaz. Kişinin kendi aleyhine ikrarda bulunması durumunda, ikrardaki doğruluk tarafı ağır bastığından bu bir delil olarak kabul edilmiştir.

Allahu Teâlâ buna şu âyette işaret etmiştir:

﴿ بل الإنسان على نفسه بصيرة ﴾

"*Artık insan, kendi kendinin şahididir*" (el-Kıyâme 75/14)

İbn Abbas (r.a.) bu âyetin tefsirinde "Yani insan kendi aleyhine hak ile tanıklık eder" demiştir.

İkrarın delil olması konusunda naklî deliller

İkrar'ın dinen bir delil olduğu hakkında Kur'an'dan deliller şunlardır:

Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾

"Üzerinde hak olan kimse (borçlu) da yazdırsın". (el-Bakara 2/282). Bu âyette borçlu olan kimsenin, bu borcunu ikrar etmesinin emredilmesi ikrarın bir hüccet (delil) olduğunu açık bir şekilde göstermektedir.

Yine aynı âyetin devamındaki

﴿ وَلْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ﴾

"Rabbi olan Allah'tan korksun ve borcunu asla eksik yazdırmasın" (el-Bakara 2/282) ifadesindeki borcu gizleme konusundaki yasak da kişinin ikrarının delil olduğunu göstermektedir. Nitekim Allahu Teâlâ'nın tanıklığı gizleme konusundaki yasağı, tanıklığın hükümlerde delil olduğunu göstermektedir.

Resûlüllah (s.a.v.), Mâiz (r.a.) kendisinin zina ettiğini ikrar edince onu recmetmiştir (taşlama yoluyla cezalandırmıştır).

Bir işçinin, evin hanımı ile zina etmesi ile ilgili olayda da Peygamber (s.a.v.) yanındaki sahabîye şöyle demiştir:

واغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا

" Ey Üneys Sabah olunca bu adamın karısına git. Eğer zina yaptığını itiraf ederse onu recmet"[68]. Bu hadis, ikrarın, şüphe ile düşen cezalarda bile delil olacağını göstermektedir. Şüphe ile düşmeyen konularda ise ikrar öncelikle delil olur.

İkrar edilen şey ister bilinen (malum) bir şey ister bilinmeyen (meçhul) bir şey olsun, bunun bilinir duruma gelmesinden sonra yapılan ikrar geçerli olur. Çünkü ikrar, kişinin üzerinde bulunan hakkı açığa çıkarmasıdır. Kişinin üzerinde bulunan hak bazen bilinmez olabilir. Dolayısıyla bilinen hakkı ortaya çıkarması gibi bilinmeyeni ortaya çıkarması da geçerli olur.

Tanıklık ise bilinmeyen şeyde geçerli değildir. Çünkü tanıklığı yerine getirmek (mahkemede tanıklık etmek), ancak tanıklık edilen şeyi bildikten sonra olur. Allahu Teâlâ bu konuda şöyle buyurmuştur:

﴿ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾

" Ancak bilerek hakka tanıklık edenler bunun dışındadır". (Zuhruf, 43/86)

Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

إذا رأيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ

---

[68] Abdurrezzak, *Musannef*, VII/310-311; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/115; Buhârî, Vekalet 13; Müslim, Hudûd 25; Tirmizî, Hudûd 5; İbn Mâce, Hudûd 7.

"Olayı güneş gibi açık bir şekilde gördüysen tanıklık et, değilse tanıklık etme"[69].

İkrar edilen şeydeki bilinmezlik

Ortada bir bilinmezlik bulunduğunda tanıklığa ihtiyaç yoktur. Hatta bu durumda kişinin tanıklık etmesi yasaklanmıştır. İkrarda bulunan kişi ise, ikrar ettiği şey bilinsin bilinmesin üzerindeki hakkı ortaya çıkarmaya muhtaçtır. Kişi bazen kendisinin bir borcunun bulunduğunu bilir. Fakat o borcun miktarını ve niteliğini bilemez. Bu nedenle bir kimsenin miktarı ve niteliği bilinmeyen bir şeyi ikrar etmesi geçerli olur. Diğer yandan tanıklık ancak mahkeme kararı ile bir borcun varlığını ortaya koyar. Hakim ise ancak bilinen bir şeye dayanarak hüküm verebilir. İkrar ise tanıklık gibi olmayıp, hakimin kararı kendi başına hükmü gerekli kılar. İkrarda bulunan kişinin ikrar ettiği şey bilinmeyip, farklı anlamlara gelmesi olasılığı bulunduğunda, ikrar edilen şeyi açıklamaya zorlanarak bu bilinmezliğin giderilmesi mümkün olur. Bu nedenle de ikrar geçerlidir. Bundan dolayıdır ki ikrardan dönüldüğünde buna göre karar verilmez. Oysa hakim hüküm vermeden önce tanıklar tanıklıktan dönerse, buna göre karar verilir.

İkrar konusundaki bu ön bilgilerden sonra şunları söyleyebiliriz:

Gasp ikrarında bulunmak

Bir kimse "ben falan kişiden bir şey gaspettim" dese, yapılan ikrar geçerlidir. Gaspettiği şeyin ne olduğunu açıklaması gerekir. Burada ikrar eden kişi bu şeyi açıklamak zorundadır. Çünkü "şey" sözcüğü, mal olsun veya olmasın gerçekte var olan varlıklara verilen isimdir. Durum böyle olmakla birlikte, "gasp" sözcüğü buradaki şeyin mal özelliği taşıdığını gösterir. Çünkü gasp yalnızca mallarda söz konusu olur. Sözün (lafzın) göstermesi ile sabit olan şey, açıkça söylenmiş gibi kabul edilir. Nitekim bir kimse "ben falan kişiden bir şey satın aldım" dese, mal olan bir şeyi satın aldığını ikrar etmiş olur. Çünkü "satın alma" yalnızca mallarda söz konusudur.

"Bir şey gaspettiğini" ikrar eden kişi, insanların başkalarına vermekten sakındıkları bir malı açıklamak zorundadır. Bir şey gaspettiğini ikrar ettikten sonra bunun bir buğday tanesi olduğunu açıklarsa, bu açıklama kabul edilmez. Çünkü **[17/186]** gasp ikrarında bulunması göstermektedir ki, sahibi söz konusu şeyi gasbeden kimseden sakındı. Buna rağmen gasbeden zorla o malı gaspetti. Bu durum, insanların sakındıkları mallarda söz konusu olur. İkrarda bulunan kişi bu nitelikte bir malı gaspettiğini açıklarsa, onun açıklaması kabul edilir. Çünkü bu, onun sözünü pekiştiren bir açıklamadır. Sözü pekiştiren açıklama (Beyân-ı takrîr), söze bitişik olsun ayrı olsun kabul edilir.

Lehine ikrarda bulunulan kişi, ikrar edenin açıklamasını kabul ederse, söz konusu malı ondan alır. Bundan başka bir mal iddiasında bulunursa, yemin

---

[69] Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/104; Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, II/772; benzer lafızlar için bkz. Hakim, *Müstedrek*, IV/110; Beyhakî, *Şuabu'l-îmân*, VII/455.

ettirilerek ikrarda bulunan kişinin sözü kabul edilir. Çünkü o, açıklama yapmakla, ikrarın gerekli kıldığı yükümlülükten kurtulmuştur. Lehine ikrarda bulunulan kişi, ikrar edeni yalanladığında, başka bir şey iddiasında bulunmakla yapılan ikrarı reddetmiş olur. İkrar eden ise, diğerinin iddia ettiği şeyi inkar etmektedir. Bu durumda yeminle birlikte ikrar edenin sözü kabul edilir.

İkrar edenin, gasbedilmesi durumunda ödenen bir şey açıklaması ile, böyle olmayan fakat insanların başkasından sakındığı bir şey açıklaması eşittir. Bu durumda da yeminle birlikte ikrar edenin sözü kabul edilir.

Gasp ikrarında bulunanın, mal olmayan bir şeyi gasbettiğini açıklaması

Yine ikrar eden kimse, gaspettiği şeyin ev olduğunu açıklasa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ev gasp ile ödenmese bile, ikrar edenin sözü kabul edilir.

Gasp ikrarında bulunan kişi, gaspettiği şeyin diğerinin eşi ve küçük çocuğu olduğunu söylerse, bu açıklamanın kabul edilip edilmeyeceği konusunda âlimler farklı görüştedirler. Kimi âlimler bu açıklamanın kabul edileceğini söylemişlerdir. Çünkü bu açıklama, kapalı bırakılan söze uygun bir açıklamadır. Bilindiği gibi "gasp" sözcüğü genellikle kişinin eşi ve çocuğu hakkında da kullanılır. Üstelik eş ve çocuk konusunda kıskanma, mal konusundaki kıskanmadan daha çoktur.

Âlimlerin çoğunluğuna göre ise böyle bir açıklama kabul edilmez. Çünkü gaspın hükmü ancak mal olan şeylerde gerçekleşir. İkrarda bulunan kişinin mal olmayan bir şeyi açıklaması, gasp hükmünün nedenini ikrar ettikten sonra gaspın hükmünü reddetmek anlamına gelir. Bu da geçerli olmaz.

Bu konuda gasp ile hulu'[70] arasında fark vardır. Şöyle ki; Bir kimse "karısı ile onun evinde bulunan şey" üzerine muhalaa yapsa, evde hiçbir şey olmasa bile hulu' geçerli olur. Koca buradaki "şey" sözcüğünün söylenmesini mal olma konusuna delil olarak ileri sürebilir. "Karısının evinde bulunan eşya" üzerine hulu' yapması ise bundan farklıdır.

Hulu' eşlerin ayrılması sonucunu doğuran nedenlerdendir. Ayrılık genellikle bedelsiz olur. Dolayısıyla kocanın sözünde söylenen şeyin mal olduğuna dair bir delil bulunmamaktadır.

Gasp ise âdeten mal olan şeyler hakkında kullanılır. Dinen gasp hükmü de ancak mallar hakkında söz konusudur. Gasp kelimesini açıkça kullanmak, belirtilen şeyin mal olduğunu gösterir.

Gasp ikrarında bulunanın, şarap gasbettiğini açıklaması

(Bir Müslüman, başka bir Müslümanın malını gaspettiğini ikrar eder, daha sonra da bu malın şarap olduğunu söylerse ikrar geçerli olur. Çünkü;) Üzüm suyu şarap durumuna dönüşmeden önce bir mal idi. Şaraba dönüştüğünde dinen onun değerli (mütekavvim) bir mal olma özelliği ortadan kalkmaz. Müslümanın onu mal

[70] **Hul' /الخلع (Muhâlaa / المخالعة) :** Nikah mülkiyetini kadının kabulüne bağlı olarak ortadan kaldırmaktır. Hanım tarafından kocaya verilecek bir bedel veya hanımın mehirden vazgeçmesi karşılığında tarafların rızası ile gerçekleştirilen boşanmadır.

edinmesi yasaktır. Ancak onun aslının mal olma özelliği yok olmaz. Görmez misin şarap sirkeye dönüştürüldüğünde değerli bir mal olur. Bu nedenle bir şey gaspettiğini ikrar ettikten sonra, bu şeyin şarap olduğunu açıklamak geçerli olur. Şarap gasp hükmüne uygun bir konudur. Bu yüzden zimmîden şarap gasp eden kişi onu öder. Dolayısıyla şarap gaspettiğini açıklayan kişinin açıklaması kabul edilir.

Aynı şekilde bir kimse gasbettiği şeyin bir köle olduğunu açıklasa, buradaki bilinmezlik (cehalet), öncekinden daha aşağıdadır. Çünkü burada ikrar edilen şeyin cinsi bilinmektedir.

Gasp ikrarında bulunanın, köle gasbettiğini açıklaması

İkrar konusunda; hulu', kasten adam öldürme olayında yapılan sulh ve nikah meselelerinde olduğundan daha fazla genişlik tanınmaktadır. Belirtilen akitlerde köleyi mutlak olarak söylemek geçerlidir. Köleyi ikrarda mutlak olarak söylemek öncelikle geçerli olur.

İkrar edilen şey için açıklananın orta seviyede olması

İkrar dışında belirttiğimiz akitlerde mutlak olarak belirtilen malın orta değerde olanı esas alınır. Çünkü bunlar bedelli akit olduğundan her iki tarafın çıkarını gözetmek gerekir. Bu da, malın çok düşük ya da çok yüksek olmaksızın orta kalitede olanını esas almakla gerçekleşir.

İkrar ise bedelli olmadığından burada orta kalitede olanı esas almak gerekmez. Aksine burada ikrar eden kişinin malın değeri ile ilgili yaptığı açıklama, ikrarda kullandığı sözcüğe aykırı olmadığında, belirttiği mal kalitesiz olsa da, kusurlu olsa da kabul edilir. Böyle olunca kişinin "köle" gasbettiğini ikrar etmesi öncelikle kabul edilir.

[17/187]

Aradaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Gasp fiilinin söz konusu olabilmesi için, gasbedilen bir konunun bulunması gerekir. Ancak gasp, konunun kusurdan uzak bulunmasını gerektirmez. Ayrıca gasbedenlerin orta kaliteli ve kusursuz malı seçme âdetleri de bulunmamaktadır. Çünkü gasbeden kimse (gâsıp) bulabildiği malı gasp eder. Bedelli akitler ise, dinen kusursuz olma niteliğini gerektirirler. Aynı şekilde insanlar kusursuz mallar üzerinde bedelli akitler yapmayı âdet durumuna getirmişlerdir. Bu nedenle mutlak olarak yapılan bir akit, kusursuz mal üzerinde yapılmış kabul edilir.

Köle, gasp ikrarında bulunan kişinin elinde bulunuyorsa, onu geri verir. Telef olmuşsa değerini öder. Çünkü gaspta ödeme asıl olarak gasp edilen malı geri vermekle olur. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

على اليد ما أخذت حتى تؤدي

"Aldığını sahibine teslim edinceye kadar, malın ödeme yükümlülüğü zilyede aittir"[71].

[71] Dârimî, Buyû' 56; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/8; İbn Mâce, Sadakât 5; Ebû Dâvûd, İcâre 90; Tirmizî, Buyû' 39.

Malı geri vermek mümkün olmadığında, aslı geri vermenin yerine geçmek üzere değerini ödetmeye başvurulur. Buna "değer" adının verilmesi, onun yerine geçmesi nedeniyledir.

İkrar eden ile, lehine ikrarda bulunulan kişi malın değeri konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, ikrarda bulunan kişi fazlalığı inkar ettiği için yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Bir kimse bir koyun, inek, elbise, ticaret malını gaspettiğini ikrar ettiğinde de aynı durum söz konusudur.

Bir kimse bir ev gaspettiğini ikrar ederse, ister bu bölgede ister başka bir yerde olsun bu evin hangisi olduğunu belirlemek ona aittir. Çünkü ev, etrafı duvarla çevrilen yere denir. Bu ise bölgeden bölgeye değişmez. Dolayısıyla gasbedenin yaptığı açıklama, kullandığı söze uygun olmaktadır.

Gasp eden kişi, "benim gaspettiğim ev falan kişinin elinde bulunan şu evdir" der, o evi elinde bulunduran kişi (zilyet) "bu, benim evimdir" diyerek bunu inkar ederse, bu ev konusunda zilyedin sözü kabul edilir.

Bir kimsenin başkasının elinde bulunan bir malı gasbettiğini ikrar etmesi

Çünkü ikrar eden kişinin "bu ev falan kişiye aittir" diye iddia etmesi, "bu ev bana aittir" iddiasında bulunması gibidir. Bu durumda delil getirmedikçe onun sözü kabul edilmez. Ancak yaptığı bu açıklama ile ikrarda bulunan kişi ikrarın sorumluluğundan kurtulmuş olur. Çünkü yaptığı açıklama, ikrarda kullandığı söze uygundur. Başkasının elinde bulunan bir mal da gaspa elverişli bir maldır.

Belirttiğimiz durumda Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre ikrarda bulunan kişi ödemeyle yükümlü değildir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un önceki görüşüne göre –ki bu aynı zamanda Muhammed (rh.a.)'in de görüşüdür- ise, ikrar eden kişi evin değerini ödemekle yükümlü olur. Çünkü o, evi gaspettiğini ikrar etmiştir. Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf (rh.a.)'un benimsedikleri sonraki kurala göre, taşınmaz mallar gasp ile ödenmez. Bu, "Kitabu'l-gasp"ta meşhur bir meseledir.

İkrarda bulunan kişi, "Ben falanca kişinin kölesini veya câriyesini gaspettim" dese, lehine ikrarda bulunulan kişi (mukarrarun leh) ise hem köle hem de câriyenin kendisine ait olduğunu iddia etse, gasbedene "onlardan dilediğini ikrar et, diğeri için de yemin et" denir. Çünkü ikrar eden kişi olumlu bir cümle içinde أَوْ "veya" sözcüğünü kullanmıştır. Bu, cümlede belirtilen iki şeyden birini kapsar. O kişi köle veya câriyeden birini ikrar ettiğinde bu ikrarın sorumluluğundan kurtulur. Lehine ikrarda bulunulan kişi, hem köle hem câriyenin kendisine ait olduğunu iddia ettiğinden, ikrar edenin ikrar ettiği şey konusunda onu doğrulamış olur. Dolayısıyla bunu ondan alır. Geriye onun, ikrar eden elinde bulunan diğer kişi, yani köle veya câriyesi konusundaki iddiası kalır. Bu konuda yeminle birlikte inkar edenin sözü kabul edilir.

Lehine ikrarda bulunulan kişi, o köle veya câriyeden belirli birisinin kendisine ait olduğunu iddia ederse, ikrarda bulunan kişi gasp edilenin diğeri olduğunu iddia ettiğinde, lehine ikrarda bulunulan kişinin onda hakkı olmaz. Çünkü o bilinmeyen bir şeyde gasp ikrarında bulunmuştur. Lehine ikrarda bulunulan kişinin iddiası ise belli bir şey üzerindedir. Bu belli mal, gaspettiği şeyin ne olduğunu açıkça belirtmeyen kişinin elinde bulunmaktadır. Gasbedenin ikrarı bu belli malı kapsamamaktadır. Dolayısıyla diğer kişi ona sahip olamaz. Lehine ikrarda bulunulan kişi, bu köle veya câriyeden belli birinin kendisine ait olduğunu iddia etmekle, ikrarda bulunan kişi lehine sabit olan "gaspettiği şeyi açıklama hakkı"nı ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Halbuki sözü müphem (belirsiz) bırakan, ikrar eden kişidir. Bir şeyi açıklama hakkı onu belirsiz bırakan kişiye aittir. Lehine ikrarda bulunulan kişi, ikrar edenin açıklama hakkını ortadan kaldıramaz. İkrar eden kişi, gaspettiği malın diğeri olduğunu açıklarsa, bu açıklama geçerli olur. Çünkü belirsiz olan sözüne de uygun düşer. Ancak lehine ikrarda bulunulan kişi bu konuda onu yalanlamaktadır. İkrar, lehine ikrarda bulunulanın reddetmesi ile geri döner (hükümsüz kalır). Lehine ikrarda bulunulan kişi, bu malın değil de diğerinin kendisine ait olduğunu iddia ettiğinde ikrar eden kişinin ikrarı geçersiz olur. İkrar eden kişi, diğer mal konusunda inkarcı konumundadır. Bu nedenle yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Gasp ikrarında bulunan ile malı gasbedilenin gasbedilen mal konusundaki ihtilâfları

Lehine ikrarda bulunan kişideki bilinmezlik

Bir kimse, belli bir köleyi falanca kişiden veya başka bir kişiden gaspettiğini ikrar etse, o kişilerin her ikisi de kölenin kendisine ait olduğunu iddia etse, bu iki kişi kendi aralarında köleyi alma konusunda anlaşırlarsa alırlar. Eğer anlaşamazlarsa dâvacıların hepsi için yemin etmesi istenir.

[17/188]

Muhammed (rh.a.) bu konu ile bundan önceki meseleyi birbirinden ayırmıştır. Önceki meselede o şöyle demiştir: "Elindeki köle veya câriyenin başkasına ait olduğunu ikrar eden kişiye, 'köle veya câriyeden hangisini istersen ikrar et. Diğeri için de yemin et' denir. Burada ise ikrar edene, "kimin lehine dilersen ikrarda bulun. Diğeri için ise yemin et" denmez. Çünkü önceki meselede ikrar geçerli ve bağlayıcıdır. İkrar alacaklısı bilinmektedir. Bilinmezlik yalnızca hak edilen maldadır. İkrar geçerli olduğundan ikrarda bulunan kişiyi açıklama yapmaya zorlamak mümkündür. Burada ise ikrar geçerli değildir. Çünkü kimin için ikrar yapıldığı bilinmemektedir. Bunun bilinmemesi ikrarın geçerli olmasını engeller. Bir hak, bilinmeyen kişi lehine gerçekleşmez. Gasp sırasında, alınan malın köle mi câriye mi olduğu gasp eden kişi tarafından tam fark edilmeyebilir. Burada bir karışıklık olabilir. Ancak genellikle malı gasp edilen kişide bir karışıklık olmaz. Dolayısıyla ikrar edenin, bilinmeyen bir kişi lehine ikrarda bulunması mala, hak kazanmak için tam bir delil olmaz. Bu nedenle kimin lehine ikrarda bulunduğunu açıklamaya zorlanır.

İkrar edenin "bu malı falanca veya falancadan gaspettim" dediği kişiler, ikrar edilen malı alma konusunda kendi aralarında anlaşırlarsa, ikrarda bulunan kişinin malı o ikisine teslim etmesi emredilir. Çünkü burada malın kime teslim edilmesi gerektiği konusunda bir bilinmezlik bulunmaktadır. İkrar yapılırken isimleri belirtilen iki kişi, kendi aralarında anlaştıklarında bu bilinmezlik ortadan kalkar. Bu durumda bu kişilerden birisi malın sahibi, diğeri de onun vekili olur. Gasp eden kişi malı sahibine vermekle yükümlü olduğu gibi, vekiline vermekle de yükümlüdür. Ayrıca ikrarda bulunan kişi, kendisinin köle üzerinde bir hakkı bulunmadığını, onun üzerinde o iki kişi dışında birisinin de hakkının bulunmadığını kabul etmektedir. Onun ikrarının geçerli olmaması, bu iki kişiden birine teslim etme ile yükümlü tutulmaması bakımındandır. Bu durumda ikrar eden kişi, kimin adına ikrarda bulunduğunu açıklamaya zorlanamaz. Çünkü bu, onun ikrarı ile sabit değildir. Diğerleri anlaşırlarsa o kölenin ikisine ait olduğu sabit olur. Onlara geri vermekle emr olunur.

Lehine ikrar yapılan kişiler kendi aralarında anlaşamazlarsa, ikrarda bulunan kişinin bu kişilerin her biri için yemin etmesi istenir. Çünkü o iki kişiden her biri hakkın bizzat kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Oysa ikrar eden kişi malın her ikisine birden ait olduğunu söylememiştir. O yalnızca malın onların içinden belirsiz birine ait olduğunu ikrar etmiştir. Belirsiz olan, belli olana karşı yok hükmündedir. Belirttiğimiz durumda hakim, ikrar eden o iki kişiden dilediği için öncelikle yemin etmesini isteyebilir. Bir başka görüşe göre hakim, onlardan ilk defa dâva açan için yemin ettirir. Diğer bir görüşe göre ise hakim tarafların gönlünü hoş etmek için aralarında kur'a çeker.

İkrarda bulunan kişi, o iki kişiden birisi için yemin etmekten kaçınırsa, diğeri için yemin etmedikçe hakim malı, yeminden kaçındığı kişiye teslim etmesini emretmez. Ancak ikrarda bulunan kişi malı o ikisinden belli biri için ikrar ederse durum farklı olur. Bu durumda hakim malı ikrarda bulunduğu kişiye teslim etmesini emreder. Çünkü bizzat ikrar, hakkı gerekli kılmaktadır. Yeminden kaçınma ise hakkı ancak hakimin hükmü ile gerekli kılmaktadır. Hakim her iki tarafın durumunu da incelemedikçe hüküm vermez. Eğer böyle yaparsa diğer kişi delil olarak hakime şunu söyleyebilir: "Sen, ikrarda bulunana önce diğer dâvacı için yemin ettirdiğinden dolayı, onun için yemin etmekten kaçındı. Eğer önce benim için yemin ettirseydin bu defa da benim için yemin etmekten kaçınırdı". İkrarda ise böyle bir şeyi delil olarak ileri süremez. Çünkü ikrarda, lehine ikrarda bulunulan kişinin malda hak sahibi olmaya daha layık olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda malı ona teslim etmesi emredilir.

İkrarda bulunan kişi, iddia sahiplerinden biri için yemin edip, diğeri için yemin etmekten kaçınsa hakim malı, ikrarda bulunanın yemin etmekten kaçındığı kişiye verir. Çünkü taraflardan birisi için yemin ettiğinde malın ona ait olma şüphesi, bir

delil bulunmadıkça ortadan kalkmış olur. Burada delil de bulunmamaktadır. İkrarda bulunanın, dâvacılardan biri için yemin etmekten kaçınması, ikrarda bulunmak gibi kabul edilir. Bu nedenle malı ona teslim etmesi emredilir.

İkrarda bulunan kişi, dâvacılardan her ikisi için de yemin etmekten kaçınırsa hakim kölenin o iki kişiye ait olduğuna, ayrıca kölenin değerini de ikisine ödemesi gerektiğine hükmeder. Çünkü ikrarda bulunan kişi yeminden kaçındığında köleyi telef etmiş gibi olmaktadır. Sonuç itibarıyla bu kişi dâvacıların her birinden tam bir köle gaspetmiş olarak kabul edilir. Halbuki kendisi bu kişilere ancak bir köle verme imkânına sahiptir. Bu bir köleyi alma konusunda ise dâvacılardan birisi diğerinden daha öncelikli değildir. Bu nedenle her bir dâvacıya bir köle geri vermek imkânı bulunmadığında, parçayı bütüne kıyas etme kuralından hareketle ikrar edenin dâvacılardan her birine bir kölenin değerinin yarısını vermesi gerekir.

[17/189]

Hakim karar verdikten sonra dâvalıların anlaşması

İkrarda bulunan kişi dâvacılardan her ikisi için yemin ederse, onlara bir şey ödemesi gerekmez. Çünkü aksine bir delil ortaya çıkıncaya kadar, ikrar eden onlar için yemin ettiğinde her birinin hakkı ortadan kalkmış olur. İkrar eden, ikisi için yemin ettikten sonra dâvacılar kendi aralarında anlaşmak isteseler Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre bunu yapamazlar. O, daha önceden bunu yapabileceklerini söylüyordu. Bu aynı zamanda Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşünün delili şudur; İkrarda bulunan kişinin yaptığı ikrarla, dâvacıların köleyi alma hakları sabit olmuştur. Çünkü ikrar edenin yemininden önce dâvacılar aralarında anlaşsalar, köleyi alma hakkına sahip olurlar. İkrarla sabit olan hak yemin ile geçersiz olamaz. İkrar edenin yemininden önce dâvacıların anlaşması durumunda, köleyi beraberce almalarının gerekçesi; onlardan birinin köle sahibi diğerinin ise onun vekili kabul edilmesidir. Aynı gerekçe ikrar edenin yemininden sonra da bulunmaktadır. Ayrıca ikrar edenden yemin istenmesi, ikrara bir zarar vermez. Çünkü ikrar iki dâvacıdan belirsiz birisi için yapılmıştı. Yemin istenmesi ise her birinin hakkının ortaya çıkması içindir. Bu yemin ile önceki ikrarın hükmü değişmez. Hakim, ikrar edenin yemininde doğru mu yalan mı söylediğini kesin olarak bilemez. Var olan bir hakkı geçersiz kılma konusunda yalan yere yapılan yeminin etkisi olmaz.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un sonraki görüşünün delili ise şudur; İkrar edenin yemin etmesi, yemin ettiği kişinin hakkını yok eder. Nitekim o, dâvacılardan birisi için yemin ettiğinde onun hak sahibi olması ve diğer dâvacıya rakip olması durumu sona erer. Bu meselenin gerekçesini iki açıdan belirleyebiliriz:

Birincisi; Belirtilen durumda lehine ikrar yapılan kişi bilinmediğinden, ikrarın kendisi geçersiz olarak meydana gelmiştir. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi gasp, malın kendisini aynen geri vermeyi gerektirir.Halbuki böyle bir ikrarda malı geri alma hakkına kimin sahip olduğu bilinmemektedir.

Yahut da burada ikrarın kendisi geçersiz olmakla birlikte, dâvacıların kendi aralarında anlaşmaları suretiyle ikrarı bozan durumu ortadan kaldırmaları mümkündür. Bozuk olma durumu yapılan ikrar üzerinde kesinleşmeden önce dâvacılar bunu ortadan kaldırırsa ikrar geçerli olur. İkrar yapanın malı her iki dâvacıya teslim etmesi emredilir. Hakim hüküm verdikten sonra bozuk olma durumu yapılan ikrar üzerinde kesinleştikten sonra, ikrarı bozan durumu ortadan kaldırmak mümkün olmaz. Bu, bilinmeyen bir muhayyerlik hakkı veya bilinmeyen bir iş karşılığında yapılan geçersiz bir satışta hakimin hükmü ile geçersiz olma durumunun kesinleşmesine benzemektedir. Bizim meselemizde hakim, ikrarda bulunan kişiye her iki dâvacı için yemin ettirince, yapılan ikrarın bozuk olduğu kesinleşmiş olmaktadır. Bundan sonra dâvacıların kendi aralarında anlaşmaları ile bozuk olan bu ikrar geçerli duruma gelmez.

İkincisi; Dâvacılardan her biri ikrarda bulunanın yemin etmesini istediğinde ona inkârcı işlemi yapmaktadır. Bu inkar ile, lehine ikrarda bulunulan kişinin reddetmesi ile yapılan ikrar geri çevrilmiş olmaktadır. Dolayısıyla bundan sonra dâvacıların kendi aralarında anlaşma hakları kalmaz. İkrarda bulunanın yemin etmesinden önce ise böyle değildir. Bilindiği gibi ikrar ile iki şey gerçekleşmektedir; a) Dâvacıların aralarında anlaşmaları, b) Dâvacıların ikrar edene yemin ettirmeyi istemeleri. Dâvacılar aralarında anlaştıklarında nasıl ki ikrar edenin yaptığı ikrarı kabullenmiş olurlar, bundan sonra yemin ettirme hakları kalmazsa, aynı şekilde dâvacılar ikrar edenin yemin etmesini istediklerinde de onun yaptığı ikrarı reddetmiş olurlar. Bundan sonra aralarında anlaşma hakları bulunmaz.

Muhammed (rh.a.)'in "burada yemin isteme, kişinin ikrar ettiği konuda olmamaktadır" sözüne gelince; Kişinin ikrar ettiği konu, dâvacıların ikisi dışında değildir. Her iki dâvacı da yemin istediklerinde hakkın lehine ikrarda bulunulan kişide bulunduğu kesin olarak bilinmiş olur. Bu yemin isteme ikrar hakkını ortadan kaldırır.

Bir kimse "Ben köleyi bu kişiden gaspettim, hayır bilakis ondan değil şundan gaspettim"[72] derse, köle ilk ikrar ettiği kişiye ait olur. Diğeri de kölenin değerini almaya hak kazanır. Çünkü لا بَلْ *"hayır, bilakis"* sözcüğü ilk sözden dönerek onu telafi etmek (istidrâk) için kullanılır. İkinci sözü onun yerine koymak ise ispattır. İlk kişi lehine yaptığı ikrardan dönmek geçersiz, ilk kişi lehine ikrar ettiği şeyi ikinci bir kimse lehine de ikrar etmesi ise geçerlidir. Bu durumda, sözün başı dikkate alındığında köle, lehine önce ikrar yapılan kişinin hakkı olarak kalır. Sözünün ikinci kısmıyla da köle ikinci kişi lehine ikrar etmiştir. Oysa köleyi hakimin hükmü ile ilk kişiye teslim ettiğinde aynı köleyi ikinci alacaklıya teslim etme imkânı kalmamıştır. Bu durumda ikinci kişiye kölenin değerini ödemesi gerekli olur. **[17/190]**

غصبت عبدا من هذا لا بل من هذا

لا بَلْ *"Hayır, bilakis"* sözcüğünün, belirttiğimiz anlamda konulmuş olduğunun delili şudur; Bir kimse "Bana Zeyd geldi, hayır bilakis Amr geldi"[73] dese, bundan Zeyd'in geldiğini haber vermek anlaşılır. Ancak kişi "Bu köle falan kişinindir, bilakis falan kişinindir" dese bu durumda köleyi ilk kişiye teslim etmesi emredilir. İkinci kişinin bir alacağı bulunmaz. Çünkü bu sözü söyleyen, kendisi aleyhine ikinci kişi lehine ödemeyi gerektirecek bir şey ikrar etmemiştir. Yalnızca sözünün baş tarafı ile başkasına ait duruma gelen bir mülkte, ikinci kişi lehine mülk ikrarında bulunmuştur. Bir mülkiyet dâvasında tanıklık eden kişinin tanıklığı kabul edilmediğinde, herhangi bir şeyi ödemekle yükümlü olmaz. Bizim meselemizde ikinci kişinin kölesini gaspettiğini ikrar etmiştir. Bu ödemeyi gerektiren bir fiildir.

Bir kimse her ne olursa olsun bir şeyi; yakın veya uzak, küçük veya büyük, Müslüman, kâfir, dinden çıkmış (mürted) veya pasaportla ülkeye girmiş (müste'men), özgür ya da kısıtlı olan veya ticaret yapmasına izin verilen bir köleden gaspettiğini ikrar ettiğinde, bunu ödemekle yükümlü olur. Mal telef olmuşsa değerini öder. Aynen duruyorsa, gasp edilen kişi küçük olsun büyük olsun, malı aldığı kişiye geri verir. Çünkü gasbeden, gaspettiği malı geri vermekle, o mal üzerindeki gasp fiilini ortadan kaldırmış olmaktadır. Onun mal üzerindeki gasp fiilinin gerçekten ortadan kalkması, ancak malı aldığı kişiye geri vermesiyle olur. Gasbedenin işlediği suç (mala karşı cinayet) başkasına ait olan saygın bir zilyetliği ortadan kaldırıp, mala el koyması ile meydana gelmiştir. Gasbeden, malı aldığı kişiye geri vermekle aldığını geri vermiş olur. Görmez misin mal kendisinden alınan kişi gasbedene karşı düşman (hasım) olabilir. Dolayısıyla gasbeden malı ona vermekle, her ne şekilde vermiş olursa olsun ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olur. Bu şuna benzemektedir; Bir kimse uyuyan birinin parmağından yüzüğünü çıkarsa, sonra da o uyanmadan önce parmağına geri taksa, ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Çünkü malı aldığı şekliyle geri vermiştir. Ancak yüzüğü alınan kişi uyanır, sonra tekrar uyursa durum farklı olur. Çünkü uyandığında gasbedenin yüzüğü ona bu durumda iken vermesi gerekli olmuştur. Bundan sonra uyurken yüzüğü onun parmağına geri takmakla ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Nitekim bu kişi, yüzüğü diğerinden uyanıkken gaspetse daha sonra da uyurken onun parmağına taksa ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz.

Babanın küçük çocuğunun malını alması gasp olmaması

Belirtilen hükümden küçük çocuğun zengin olan babası hariçtir. Çünkü baba, küçük çocuğunun malını almakla gasbeden durumuna düşmez. Baba, çocuğunun malına ihtiyaç duyduğunda bunu kendi ihtiyacı için harcamak üzere alabilir. Muhtaç durumda değilse malı korumak için alabilir. Bu durumda çocuk ergenlik çağına gelinceye kadar geri vermez. İhtiyaç olmadığı halde onu tüketmezse suç işlemiş olmaz. İhtiyaçsız tüketirse o zaman öder.

---

73 جاءني زيد لا بل عمرو

Küçük çocuğun malından alan vasî de aynı şekilde gasbeden olmaz. Çünkü vasî, küçüğün malını korumak üzere alma yetkisine sahiptir.

Efendisi ile mükâtebin durumu

Efendi; mükâtebinden veya borçlu olan tacir kölesinden bir mal gaspettiğinde, malı aynen geri vermesi gerekir. Mal kendisinin elinde telef olursa ödemesi gerekir. Çünkü onun, belirtilen kişilerin mallarını alması yasaktır. Mükâtep, kendi kazancı üzerinde daha fazla hak sahibidir. Bu bakımdan o, kendi kazancında kullanımda bulunma konusunda özgür gibidir. Mükâtebinin ticaret mallarından olan bir köle efendinin elinden kaçarsa, bunu ödemekle yükümlü olur. Borçlu olan tacir köleye gelince, efendinin onun malları ve kazançları üzerinde de hakkı yoktur. Çünkü onun kazancı, alacaklıların hakkıdır. Borç sona ermedikçe efendinin onun mallarını alması yasaktır. Bu nedenle aldığını ödemekle yükümlü olur. Tacir kölenin borcu bulunmazsa, kazancı tamamen efendisinin hakkı olur. Dolayısıyla efendi onun malını aldığında gasbeden olmaz.

Aynı şekilde köle, efendisinden gaspettiği şeyleri geri vermekle yükümlüdür. Çünkü onun efendinin malında bir hakkı yoktur. Çünkü kölede efendisi lehine alacağın bulunmasına elverişli bir zimmet vardır. Dolayısıyla köle, efendisinden gasbettiğini geri vermekle emr olunur. Fakat o ödemekle yükümlü değildir. Çünkü kölenin, efendi lehine borcun sabit olması için muteber bir zimmet vardır. Şöyle ki; Köle üzerinde bir borç olduğu zaman bu onun rakabe bedeli üzerinde söz konusu olur. Oysaki kölenin rakabesi zaten efendiye aittir. **[17/191]**

Bir kimse "İnşallah bu köleyi senden dün akşam gaspettim" dese, istihsan deliline göre bu kimsenin bir şey ödemesi gerekmez. Kıyasa göre ise bu sözü söyleyenin "inşallah" sözü ile istisna yapması geçersizdir. Çünkü istisnayı söylemek, koşul gibidir. Bu ise haberlerde değil, sadece yenilik doğuran işlemlerde (inşâ) geçerli olur. Kıyasa göre böyle olmakla birlikte Muhammed (rh.a.) istihsan deliline göre hüküm vererek şöyle demiştir: "İstisna (inşallah sözü), koşul anlamında olmadıkça, söylenen sözü kesin amaçla söylenmiş olmaktan çıkarmaktadır". Çünkü Allahu Teâlâ Musa (a.s.)'nın durumunu şu şekilde haber vermektedir:

سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا

"Musa: İnşallah beni sabreder bulacaksın dedi" (el-Kehf 18 / 69)

Musa (a.s.) bunu söylemekle birlikte sabredemedi. Peygamberlerin (a.s.) verdikleri vaatler, başkalarının söz vermesi gibidir. Bu da göstermektedir ki yapılan istisna, sözün kesin amaçla söylenmiş olması durumunu ortadan kaldırmaktadır. Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

مَنِ اسْتَثْنَى فَلَهُ ثُنْيَةٌ

"Kim istisna yaparsa (yapmak isterse) yaptığı istisnası kendi lehine geçerli olur"[74].

Sözden ayrı olan إن شاء الله 'ın durumu

İkrar ancak kesin karara dayanan bir sözle bağlayıcı olur. Ancak bu istisna (inşallah) sözcüğü, sözden ayrı olarak söylendiğinde değil de bitişik olarak söylendiğinde bir etkide bulunur. Ancak İbn Abbas (r.a.)'ın görüşüne göre sözden ayrı da söylense istisna etkide bulunur. O, bu konuda şunu delil olarak ileri sürmüştür: Peygamber (s.a.v.) :

وَاللهِ لَأَغْزُوَنَّ قُرَيْشًا

"Andolsun ki Kureyş ile savaşacağım" demiş, bunun üzerinden bir yıl geçtikten sonra انْ شَاءَ اللهُ *"Allah dilerse"* demiştir[75].

Biz Hanefîler ise şöyle diyoruz: İstisna, sözü kesin olmaktan çıkarır. Dolayısıyla mutlak olarak söylenen sözün gerektirdiği anlamı değiştirir. Değiştirme, istisna sözden ayrı olduğunda değil, ancak söze bitişik olarak yapıldığında geçerli olur. İstisna kaldırma ve değiştirme gibidir. İkrarda bulunan kişi, yaptığı ikrarla bunları yapamaz. Aynı şekilde sözünden ayrı olarak istisna yapma yetkisine de sahip olamaz. Çünkü kişinin sözünden bu şekilde dönmesi daha önce ispat ettiği şeyi kaldırması anlamına gelir. Bu ise bir çelişkidir. Sözdeki çelişki söze bitişik olsun ayrı olsun geçerli olmaz. Çünkü burada sözün anlamını değiştirici bir açıklama yapılmaktadır.

Bilindiği gibi söz iki kısımdır; Bir kısmı lağv (kesin bir niyetle söylenmemiş söz) ikincisi ise azimet, (kesin bir niyetle söylenen söz)tir. Kişi sözün sonunda istisna yaptığında (inşallah dediğinde) bundan sözün kesin bir niyet ve amaçla söylenmediği anlaşılmış olur. Sözü değiştirici açıklama, tıpkı bir şeyi koşula bağlamada olduğu gibi, söze bitişik olduğunda değil, ayrı olduğunda geçerli olmaz. Koşula bağlama durumunda açıktır ki, her ne kadar sözün baş tarafı kullanımın gerçekleşmesini gerektirse de sözü söyleyen kişi sözünün baş tarafı ile kullanımı gerçekleştirmeyi kastetmemiştir. Bu da sözden ayrı olduğunda değil, bitişik olduğunda geçerli olur.

Yukarıdaki hadise gelince; Peygamber (s.a.v.)'in bir yıl sonra "inşaallahu Teâlâ" demesi istisna şeklinde yapılmış değildir. Aksine bu Allahu Teâlâ'nın emrine uymak üzere söylenmiş bir sözdür. Çünkü Allahu Teâlâ,

﴿ ... لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ وَاذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ ...

---

[74] bkz. Abdurrezzak, *Musannef*, VI/390; Ebû Dâvûd, Eymân 9; Tirmizî, Nüzûr 7; İbn Mâce, Keffâret 6; Hakim, *Müstedrek*, IV/336.

[75] bkz. Abdurrezzak, *Musannef*, VI/385; Ebû Dâvûd, Eymân 17; İbn Hibbân, *Sahih*, X/185.

"Allah'ın dilemesine bağlamadıkça (inşallah demedikçe) hiçbir şey için bunu yarın yapacağım deme. Bunu (inşallah demeyi) unuttuğun taktirde Rabbini an..." (el-Kehf 18/24) diye emretmiştir.

Bir kimse "Bu köleyi dün gaspettim. Yarısı müstesna" dese, bu kişinin sözü kabul edilir. Çünkü söz, istisna ile kayıtlandığında, bu söz ile gerçekte istisna edilenin dışındaki kısım ifade edilmiş olur. Yoksa burada istisna edilen kısımdan dönülmüş değildir. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

ولقد أرسلنا نوحا إلى قومه فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما

"Andolsun ki biz Nuh'u kendi kavmine gönderdik de o bin yıldan elli yıl eksik bir süre (elli yıl müstesna bin yıl) onların arasında kaldı". (el-Ankebût 29/14).

Bunun anlamı dokuz yüz elli yıl kaldı demektir. Biz bunu sözün ilk bölümünden dönmek olarak kabul ettiğimizde, sözün ilk kısmında yanlışlık yapılmış da sonra bu telafi edilmiş gibi olur. Oysa Allahu Teâlâ'nın haber verdiği bir şeyde bunun olması mümkün değildir. Bizim meselemizde ise yapılan açıklama değiştirici bir açıklamadır. Çünkü ikrarda bulunan kişi sözün baş tarafında "köle" dediği bir şeyi gaspettiğini söylemektedir. Daha sonra yaptığı istisna ile anlaşılmaktadır ki, gasp edilen şey bir köle değildir. Bu istisna, değiştirici bir açıklama olduğundan, sözden ayrı değil, bitişik olarak yapıldığı için geçerli olur. Kişi "Ben köleyi gaspettim. Ancak üçte ikisi hariç, dediğinde de durum böyledir. **[17/192]**

Ancak Züfer (rh.a.) bu görüşte değildir. O bir kimsenin ilk olarak söylediği şeyden daha fazlasını istisna etmesine cevaz vermemektedir. Çünkü Araplar istisnayı bu şekilde kullanmamaktadır.

Biz ise şu âyeti delil getirerek buna cevaz vermekteyiz:

قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا

"Birazı hariç, geceleri kalk namaz kıl. (Gecenin) yarısını (kıl). Yahut bunu biraz azalt." (el-Müzzemmil 73/2-3)

Ayrıca istisnanın geçerli olmasının yolu, istisna edilen dışındaki kısmın ifade edilmiş sayılmasıdır. Bu bakımdan daha azın veya daha çoğun istisna edilmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu tür bir kullanım Araplar tarafından uygulanmasa bile, belirtilen şekilde istisna yapılmasının geçerli olmasına engel olmaz. Nitekim küsurlu kısımların istisna edilmesi Araplar tarafından kullanılmamakla birlikte geçerlidir.

Gasp ikrarında bulunan kişi "Ben tamamı hariç bir köle gaspettim," dese bu istisna geçersiz olur. Çünkü söylenen sözü, istisna dışındaki kısım olarak kabul edip bu cümleyi doğru anlamak mümkün değildir. Çünkü burada istisna edilen kısım dışında geriye bir şey kalmamaktadır. Dolayısıyla bu ifade istisna değil, söylenilen

sözden dönme anlamına gelir. İkrardan dönmek ise, ister ikrara bitişik isterse ondan ayrı yapılmış olsun geçersizdir.

"Ve" sözü

Bir kimse "şunu ve şunu gaspettim" dese her ikisini gaspettiğini ikrar etmiş olur. Çünkü و (vav) harfi / "ve" sözcüğü atıf harfidir (bağlaçtır). Atıf harfi ise haberde; bağlanan ile kendisine bağlanılan arasında ortaklığı belirtmek için kullanılır. Nitekim bir kimse "Zeyd ve Amr bana geldi" dediğinde her ikisinin geldiğini haber vermiş olur.

Bir kimse "ben falan kişiden bir köle ve bir câriye gaspettim" dese her ikisini de gaspettiğini ikrar etmiş olur. Çünkü bu cümlede haber verilen şey, cümlede belirtilen şeylerin tümü için geçerlidir. İkinci olarak belirtilen şey için ayrı bir haber belirtilmemiştir. Dolayısıyla ilk olarak belirtilen şey, aynı zamanda ikinci için de haber olmaktadır.

"ile"nin durumu

Yine bir kimse "ben eğeriyle birlikte مَعَ bir hayvan gaspettim" dediğinde de her ikisini gaspettiğini ikrar etmiş olur. Çünkü مَعَ "birlikte" sözcüğü birleştirme anlamında kullanılır. Kişi ikrarda her ikisini de gasp fiili konusunda birleştirmiş olmaktadır. Çünkü ikrarda bulunan kişi ikisini ancak bu şekilde birleştirebilir.

Yine bir kimse "ben şunu şununla gaspettim" dediğinde ikisini gaspettiğini ikrar etmiş olur. Mesela; غصبتُه و ثوبه بحصانه *"Ben, bir atı gem'iyle gaspettim"* dediğinde veya "bir köleyi mendiliyle gaspettim" dediğinde belirttiği şeylerin ikisini de gaspettiğini ikrar etmiş olmaktadır. Çünkü (bu cümlelerde kullanılan) ب harfi bitiştirme için kullanılır. Dolayısıyla kişi verdiği gasp haberinde, ikinci nesneyi birinciye bitiştirmiş olmaktadır. Yine o, bu sözü ile gasp sırasında atın gem ile birlikte olduğunu açıklamış olmaktadır. Kişi, her ikisini birden gaspetmedikçe birleştirme anlamı gerçekleşmez.

Keza ve keza sözlerinin durumu

Yine كذا فكذا *"şunu ardından şunu gaspettim"* dediğinde de böyledir. Mesela غصبتُ عبدًا فجاريةً *"Ben bir köle, ardından da bir câriye gaspettim"* dediğinde her ikisini gaspetmiş olur. Çünkü ف harfi vasl (bitiştirme) için kullanılır. Yine bu harf, takip şeklinde (bir şeyin ötekinin ardında gerçekleştiğini belirtmede) atıf için de kullanılır. Kişi, her iki şeyi de gaspetmiş olmadıkça bu anlamlar gerçekleşmez.

Bir kimse غصبتُ كذا وكذا *"Ben şunu üzerinde şu olduğu halde gaspettim"* dediğinde de her ikisini birden gaspetmiş sayılır. Meselâ bir kimse "Ben şu hayvanı üzerinde semer olduğu halde gaspettim" dediğinde böyledir. Çünkü bu kişi daha sonra söylediği şeye gaspettiği şeyi konu kılmıştır. Bu ise her ikisini de gaspetmiş olmasını gerektirir.

...den, dan sözünün durumu

Bir kimse غَصَبْتُ كَذا مِنْ كذا *"Ben şunu şundan gaspettim"* dese, Meselâ "Ben bir mendili falan kişinin kölesinden gaspettim" veya "bu eğeri onun atından gaspettim" dese, yalnızca ilk söylediğini gaspetmiş olur. Çünkü مِنْ "-den, -dan" ifadeleri teb'îz (bir şeyin bir kısmını belirtmek için) kullanılır. Bundan da bir şeyi bir şeyden çıkarıp alma anlaşılır. Buna göre kişi ilk söylediğini, diğer kişinin mülkünden

çıkarıp almış olur. Görmez misin kişi "falancanın başından örtü" veya "bedeninden bir elbise" dediğinde bundan elbise ve örtünün gaspedildiği anlaşılır.

كذا على *"Bunu, şunun üzerinden"* dediğinde de aynı durum geçerlidir. Mesela bir kimse "Ben falancanın eşeğinin üzerinden bir semer gaspettim" dese, yalnızca semeri gaspettiğini ikrar etmiş olur. Burada "eşek" gaspedilen şeyin alındığı yerini açıklamak için söylenmiş olmaktadır. Bir şeyi bir şeyin üzerinden gaspetmek, o yeri de gaspetmeyi gerektirmez.

Bir kimse كذا في كذا *"şunun içinde şunu gaspettim"* dese ikinci söylenen şey, ilki için kap olabilecek türden bir şey ise her ikisini de gaspetmiş olur. Meselâ kapta su, bohça içinde kumaş, gemi içinde yiyecek vb. gaspetmek gibi. Çünkü في *"içinde"* sözcüğü gerçekte zarf (kap) anlamında kullanılmaktadır. Bu sözü söylemekle o, gasp ile ikincinin ilk nesneye zarf olduğunu belirtmiş olmaktadır. Her iki nesneyi de birlikte gaspetmiş olmadıkça bunun gerçekleşmiş olması mümkün değildir. Yine bir kimse "sepet içinde hurma gaspettim" veya "çuvallar içinde buğday gaspettim" dediğinde de her ikisini gaspetmiş sayılır. **[17/193]**

Söylenilen şey, "ben falancadan bir dirhem içinde bir dirhem gaspettim" sözünde olduğu gibi, diğer nesne için kap görevi göremeyecek türden bir şey ise, kişi zarf durumunda olan şeyi ödemekle yükümlü olmaz. Çünkü gerçekte bu nesne kişinin gasp ikrarında bulunduğu şey için zarf olmaya uygun değildir. Dolayısıyla sözünün bu son kısmı geçersiz olur.

Şöyle bir itiraz olursa: "Bu durumda في 'içinde' sözcüğü مَعَ'birlikte' şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü sözün gerçek anlamında anlaşılması mümkün olmayınca mecaz anlamı esas alınarak uygulama yapılır. Allahu Teâlâ,

﴿ فَادْخُلِي فِي عِبَادِي ﴾

"kullarımla birlikte gir." (el-Fecr 89/29) buyurmuştur. Buradaki في harfi مَعَ "birlikte" anlamına gelmektedir".

Şu şekilde cevap veririz: في kelimesi mecaz olarak yorumlanacaksa bunu مَعَ "birlikte" şeklinde anlamak da على "üzerinde" şeklinde anlamak da mümkün olur. Allahu Teâlâ,

﴿ وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ النَّخْلِ ﴾

"sizi hurma dallarında asacağım" (Tâ-hâ 20/71) Burada "hurma dallarının üzerine asacağım" anlamı kastedilmektedir. Eğer bu harf "üzerinde" anlamına yorumlanırsa, ikrarda bulunan kişinin ikinci nesneyi ödemesi gerekmez. "Birlikte" anlamına yorumlanırsa ödemesi gerekir. Zimmet aslen boş olduğu için, şüphe yolu ile onu dolu saymak câiz olmaz.

"Ben senden bir elbiseyi on elbise içinde gaspettim" غصبت ثوبًا فی عشر ثیاب cümlesinde olduğu gibi, kişinin ilk olarak söylediği şey ikincinin arasında bulunuyorsa, Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre yalnızca bir tane elbise ödemesi gerekir. Bu aynı zamanda Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin de görüşüdür. Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu sözü söyleyenin on bir elbise ödemesi gerekir.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şudur; On elbise, bir elbise için kap vazifesi görebilir. Âdeten değerli bir elbise başka elbiselerle sarılabilir. Dolayısıyla kişinin bu sözü "çuvallarda buğday gaspettim" demek gibi olur. Yahut da kişinin sözünün bir kısmını öne aldığı, diğer bir kısmını geri bıraktığı kabul edilerek "bir elbise içinde on elbise gaspettim" demiş gibi kabul edilir. Bir elbise on elbise için kap olabilir. Dolayısıyla imkân ölçüsünde kişinin yaptığı açıklamaya göre hareket etmek gereklidir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün gerekçesi ise şu şekilde belirtilmiştir: On elbise kap olmaya elverişli değildir. Bu şu anlama gelir; kap olan şey, onun içine konulandan farklı bir şeydir. Bir elbise başka elbiselerle sarılınca hepsi kabın içine konan şey hükmünde olur. Yalnızca en dıştaki elbise kap gibi kabul edilir. On elbise bir elbiseye kap olamadığından kişinin sonradan söylediği söz boş (lağv) olur. Bu sözdeki ifadeler arasında öne alma veya geriye bırakma işlemi yapıldığını kabul etmek anlamsızdır. Çünkü bu, olasılıklı olan bir şeye dayanarak kişinin zimmetinde borç meydana getirmeye çalışma anlamına gelir. Böyle bir yorum yapıldığında kişi görünüşe (zahir) aykırı hareket etmiş olur. Bu ise câiz değildir.

Bir kimse "Ben on tane ipekli elbise içinde bir pamuklu kumaş (kaput bezi) gaspettim" dediğinde Muhammed (rh.a.)'e göre bir pamuklu kumaş ve on ipekli kumaş ikrar etmiş olur. Çünkü âdete göre ipekli kumaş, pamuklu kumaşa bohça yapılmaz.

Taşınmaz malların gasbı

Bir kimse "Ben senden bir evin içinde buğday gaspettim" dese bu söz"geminin içinde buğday gaspettim" demesi gibi kabul edilir. Çünkü ev, bazen buğday için bir kap olabilir. Dolayısıyla bu sözü söyleyen kişi hem evi hem de buğdayı gaspettiğini ikrar etmiş olur. Ancak Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf (rh.a.)'un sonraki görüşüne göre buğday gasp fiili ile kişinin ödeme sorumluluğuna girerken, ev ödeme sorumluluğuna girmez. Çünkü ev taşınmaz eşyadandır. Ödemeyi gerektiren gasp ise ancak malın taşınması yer değiştirmesi ile olur.

[17/194]

Belirtilen şekilde ikrarda bulunan kişi "ben buğdayı yerinden kaldırmadım" dese doğrulanmaz. Çünkü o tam bir gasp ikrarında bulunmuştur. Yiyecek maddesinde gasp taşıma ile gerçekleşir. Dolayısıyla kişi "ben buğdayı yerinden kaldırıp taşımadım" demekle ikrardan dönmüş olmaktadır. Bu konuda onun sözü kabul edilmez. Yiyecek maddesini ödemekle yükümlü olur.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise evi de ödemekle yükümlüdür. Taşınmaz malların gasp edilmesi meselesindeki görüş ayrılığı bilinmektedir.

Bir kimse "Ben falancanın malını bir günlüğüne gaspettim sonra da geri verdim" dese, geri verme konusundaki söz, bitişik de söylenmiş olsa kabul edilmez. Çünkü bu, önce söylenen sözü açıklama mahiyetinde söylenmiş açıklayıcı bir söz değil, başlı başına bir iddiadır. Bu, "Bana gerekli olan gasp ödemesini yerine tam olarak getirdim" demektir. Bu kişinin yaptığı ikrar geçerlidir. Ancak iddiasına dair delil bulunmadığında sonraki sözü geçerli olmaz. Bu durumda malının gaspedildiğini inkar eden mal sahibinin sözü kabul edilir. Bu, şuna benzer; Borç ikrarında bulunan bir kimse daha sonra borcun ödendiğini veya alacaklının borcu kaldırdığını iddia etse, ikrarı geçerli, iddiaları ise geçersiz olur.

Bir kimse "Ban falan kişinin mallarından bir elbise" veya "sepetinden hurma" veya "evinden veya hayvanın sırtından buğday gaspettim" dese, yalnızca hurma, elbise ve buğdayı öder. Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi bu kişinin sözünün son kısmı, gasp edilen şeyin bu yerlerden çekilip alındığını açıklamak için söylenmiştir. Bu, "ben falan kişinin elinden elbise gaspettim" demesi gibi olur. Bu durumda elini değil, elbiseyi gaspetmiş olur. Yukarıdaki durumda da yanı şey söz konusudur.

Allah daha en iyisini bilir.

MUFAVADA[76] ORTAKLARININ BORÇ İKRARINDA BULUNMASI

Mufavada ortaklarından birisinin borç ikrarında bulunması

İki mufavada ortağından birisi ölüm hastalığı sırasında, şirketin ticareti ile ilgili bir borç ikrarında bulunsa, bu borcu alacaklılar, diğer ortaktan derhal isteyebilir.

Bu meselede bizim izlediğimiz iki yol vardır:

Birincisi; Mufavada ortakları, ticaret hakları bakımından tek bir kişi konumundadırlar. Dolayısıyla onlardan birisinin borç doğuracak bir kullanımda bulunması, her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş gibi kabul edilir. İkrar da ticaretle ilgili işler kapsamına girer. Bu yüzden bir ortağın borç ikrarında bulunması, her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş gibi kabul edilir.

İkincisi; Burada en doğrusu şu söylenebilir: Borcun, borç doğuran bir kullanım gerçekleştirme nedeniyle gerekli olması yalnızca kullanımda bulunanı bağlar. Ancak diğer ortak da, aradaki mufavada ortaklığı gereğince borcu yüklendiği için, alacaklı ondan da istemde bulunabilir. Çünkü mufavada sözleşmesi; her iki ortak arasında ticaretle ilgili borçlarda genel vekilliği ve genel kefilliği gerektirir. Dolayısıyla mufavada tarafların bu bakımından birbirine eşit olmasını gerektirir.

---

[76] **Mufâvada Ortaklığı:** Ortaklar arasında hem sermayenin miktarı hem de kâr hisseleri eşit halde bulunup, hiçbirinin fazla ticarete elverişli malı bulunmamak üzere kurulan ortaklık. Müfâvada şirketlerinde ortaklar, birbirlerinin hem vekili hem de kefilidirler. Bu ortaklığın sermayesi maldır.

Sağlıklı iken sabit olan borç, ölüm hastalığında ikrar edilenden önce gelmesi

İkrarda bulunan mufavada ortağı, ölüm hastalığı durumunda olsa bile, yaptığı ikrarla borç gerekli olmuştur. Bu nedenle hastalığa yakalanmadan önce bir borcu bulunmasa, hastalık sırasında ikrar ettiği borç kendisinden derhal istenir. Hastalığa yakalanmadan önce borcu olmuş olsa, bu borcun alacaklıları, hastalık sırasında ikrar edilen borcun alacaklısından daha önde gelirler. Ancak ölüm hastalığı sırasında lehine borç ikrarında bulunulan kişinin hakkı da sabittir. Bu nedenle sağlıklı iken alacaklıların alacakları terekeden ödendikten sonra kalan malla, hastalık zamanında lehine ikrarda bulunulan kişinin borcu ödenir. Borcun ikrarda bulunan kişi üzerine gerekli olduğu sabit olunca, aradaki kefillik hükmü gereğince bu borç diğer ortaktan da istenebilir. Bu borcun ikrarda bulunan kişiden istenmesinin gecikmesi, sağlıklı iken gerçekleşen borçlar nedeniyledir. Bu durum, diğer ortaktan da istenmenin gecikmesini gerektirmez. Bu şuna benzer; Kısıtlı olan bir köle borç ikrarında bulunsa, başkası da ona kefil olsa, borç asıldan (köle) özgür kılınıncaya kadar istenemese de, kefilden derhal istenebilir. Bizim meselemizde borcun aslında bir erteleme bulunmamaktadır. Erteleme, borcun ödeneceği yerin bulunmaması nedeniyledir. Kefil hakkında böyle bir durum söz konusu olmadığından, onun borcu derhal ödemesi istenebilir.

Asıldan borcun ertelenmesi, kefilden ertelenmeyi gerektirmesi

[17/195]

Ölüm hastalığında bulunan mufavada ortağı mirasçılarından biri lehine borç ikrarında bulunsa, öbür ortağın bunu ödemesi gerekmez. Bundan anlaşılmaktadır ki doğru olan çözüm tarzı yukarıda belirttiğimiz ilk yol değil, ikinci yoldur. Çünkü ortaklardan birinin ikrarı, her ikisi tarafından yapılmış gibi kabul edilse, borç bu meselede ikinci ortaktan da istenebilirdi. Ancak ölüm hastalığında olan bir kimsenin mirasçısına borç ikrarında bulunması geçersiz olduğundan, bununla ikrar edenin zimmetinde borç sabit olmaz. Borcun diğer ortak hakkında da sabit olması kefillik hükmü gereğidir. Borç asıl hakkında sabit olmayınca, kefil için de sabit olmaz.

Ölüm hastalığındaki mufavada ortağının borç ikrarı

Hastanın, kendi mirasçılarından olmayan bir kimse lehine borç ikrarında bulunması meselesi ise bundan farklıdır. Çünkü onun yabancı bir kişi için borç ikrarında bulunması, sağlıklı iken sabit olan borçlarından sonra gelse de geçerlidir. Dolayısıyla bu ikrar ile borç asıl üzerinde sabit olur. Aradaki kefalet hükmü gereğince kefilden de istenir.

Mufavada ortaklarından birisi, mirasçılarından birinin borcuna kefil olduğunda da bu borç diğer ortaktan istenemez. Çünkü ölüm hastalığında bulunan bir kimsenin, mirasçılarından birinin borcuna kefil olması geçerli olmayıp, bu kefillikle borç gerekli olmaz.

Ölüm hastalığındaki mufavada ortağın kefil olması

Mufavada ortaklarından birisi, yabancı bir kimseye kefil olduğunda ise Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu, asıl borçlunun emri ile olsun veya böyle olmasın diğer ortak da bu borçtan sorumlu olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ortak bu borçtan sorumlu olmaz.

Aynı şekilde mufavada ortaklarından birisi, sağlıklı iken veya ölüm hastalığı sırasında bir borca kefil olduğunu ikrar etse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre diğer ortak bu borçtan sorumlu olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise sorumlu olmaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in bu konudaki delili şudur; kefillik borcu, ticaretten doğan bir borç değildir. Çünkü ticaretten doğan borç teberruya benzemez. Görmez misin, ölüm hastalığında olan birisinin kefilliği malının üçte birinden geçerli olur. Ticaret yapmasına izin verilen köle ile mükâtebin kefilliği geçerli olmaz. Mufavada ortaklarından birinin, ticaretten kaynaklanmayan bir borcu diğer ortaktan istenemez. Nitekim ortaklardan birinin eşine ödeyeceği mehir borcu ve işlediği cinayetten doğan erş (diyet) borcu diğer ortaktan istenemez.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşleri asıl borçlunun isteği olmadan kefil olma konusunda açıktır. Çünkü bu tamamen teberru mahiyetindedir. Bu nedenle kefil borcu ödediğinde asıl borçludan ödediğini alma hakkı olmaz.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise bu konuda görüşünü desteklemek için iki yol izlemektedir;

Birincisi; Bu borç, mufavada sözleşmesinin kapsamından olan bir şey nedeniyle gerekli olmuştur. Dolayısıyla diğer ortaktan da istenebilir. Bu, ortaklardan birinin yabancı bir kimseye satın alma konusunda vekil olması durumunda bu vekillik nedeniyle doğan borca benzemektedir.

Bunu "mufavada sözleşmesi hem genel vekilliği hem de genel kefilliği gerektirir" sözümüz açıklamaktadır. Bundan anlaşılmaktadır ki tartışma konusu olan borç, ticari işler kapsamındadır. Çünkü mufavada sözleşmesi ticari işler kapsamında olan şeyleri içine alır.

İkincisi; kefillikte başlangıçta teberru anlamı bulunmaktadır. Ancak bu, özellikle de asıl borçlunun emri ile yapıldığında, sonuç itibarıyla bedelli bir akittir. Bu durumda kefil ödediğini asıl borçludan geri alır. Ticaret yapmasına izin verilen köle, mükâtep köle ve ölüm hastalığında olan kişide başlangıçtaki teberru özelliğine itibar ederiz. Dolayısıyla söz konusu kişilerin kefil olması geçerli olmaz. Mufavada ortağında ise sonuç itibarıyla kefilliğin bedelli akit olması özelliğine itibar ederiz. Çünkü kefillik, bu kullanımı bizzat yapan kişi hakkında geçerlidir. Dolayısıyla, bedelli duruma dönüşür. Bu borç, diğer ortaktan hemen istenebilir duruma gelir. Ölüm hastalığında olan ortaktan istenmesi, sağlıklı iken meydana gelen borçların ödenmesinden sonraya kadar gecikir. Çünkü ortağın onun adına yaptığı ikrar, onun kendi adına yaptığı ikrar gibi olmaz. Ortak kendisi ikrarda bulunsaydı, hastalık durumundaki alacaklının hakkı sağlıklı iken meydana gelen borçların alacaklılarının hakkından sonra sabit olurdu. Diğer ortağın ikrarıyla sabit olan borçta da aynı durum söz konusudur. Yahut da bu ikrar her iki ortak tarafından gerçekleştirilmiş gibi kabul edilir.

Denilirse ki: "Bu borç ikrarının, ölüm hastalığında olan kişinin malının üçte birinden geçerli olması gerekirdi. Çünkü borcun ona gerekli olma nedeni ortağına kefil olmasıdır. Ölüm hastalığında olan kişinin kefilliği ise malının üçte birinde geçerli olur".

[17/196] Şöyle deriz: "Bu durum, kefil olma hastalık zamanına rastladığında söz konusu olur. Burada ise kefil olma, mufavada sözleşmesi gereğince olmaktadır. Bu da sağlıklı iken meydana gelmiştir. Borcun meydana gelmesi hastalık durumunda olsa bile, onun nedeni sağlıklı iken var olduğundan, gerekli olan borç hastanın malının tümü üzerinden geçerli olmuştur".

"Bu borcun nedeni sağlıklı iken meydana geldiyse, sağlıklı iken meydana gelen diğer borçlardan sonra gelmemesi gerekir" denilirse, şu cevabı veririz: "Anılan nedenle borcun ona gerekli olması, hastalık durumunda meydana gelmiştir. Bu ise hastalık zamanında sabit olan borçtur. Ayrıca başkasının onun adına yapacağı ikrar, onun kendi adına yapacağı ikrardan daha fazla geçerli olamaz.

Sağlıklı olan mufavada ortağının, hasta olan ortağın mirasçısına borç ikrar etmesi

Sağlıklı olan mufavada ortağı, ölüm hastalığı durumunda olan ortağın mirasçısı lehine borç ikrarında bulunsa bu borcun tümü hastaya değil, sağlıklı durumda olan ortak üzerine gerekli olur.

Çünkü sağlıklı kişinin hasta hakkındaki ikrarı, hasta hakkında kendi ikrarı gibidir. Hastanın kendi mirasçısı için ikrarda bulunması ise geçersizdir. Aynı şekilde sağlıklı olan kişinin hasta hakkındaki ikrarı da geçerli olmaz. Borcun kefile gerekli olmaması, asîle de gerekli olmayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle borç, sağlıklı ortak üzerine gerekli olmuştur.

"Hastanın, mirasçısına ikrarda bulunması, onu diğer mirasçılara tercih etme töhmeti bulunduğu için geçerli olmaz. Oysa diğer ortağın mirasçı adına borç ikrarında bulunması durumunda bu töhmet söz konusu olmaz" şeklinde bir itiraz gelirse, buna şu şekilde cevap veririz: Durum böyle değildir. Burada da karşılıklı anlaşma töhmeti vardır. Şöyle ki ölüm hastalığında olan ortak kendisinin mirasçısına yapacağı borç ikrarının geçerli olmayacağını bilince, diğer ortak böyle bir ikrarda bulunup daha sonra da hastanın malından bunun karşılığını alabilir. Dolayısıyla bu kullanımda da ortakların kendi aralarında anlaşmış olması töhmeti bulunmaktadır. İkrar, ölüm hastalığında olan kişi hakkında geçerli değildir. Diğer ortağın bu ortak lehine, kendi üzerinde borç ikrarında bulunması konusunda bir töhmet bulunmamaktadır. Dolayısıyla borç ondan istenebilir.

Mufavada ortaklarından birisi, bir kimseye "senin falan kişide ne kadar alacağın varsa benim üzerimdedir" veya "senin falancada ne kadar ödenmesi gereken alacağın varsa, o benim borcumdur" dese, yahut "senin lehine onun üzerine hükmedilen borç bana aittir" dese, daha sonra da ölüm hastalığına yakalansa, daha sonra adı belirtilen falan kişi, bu kişi lehine bin dirhem borç

ikrarında bulunursa, bu borçla ilgili mahkeme tarafından hüküm verilse, bu borcun tamamı ölüm hastalığına yakalanan kişinin tüm malları üzerinden geçerli olur. Çünkü bunun kendisine gerekli olması kefillik yolu ile olsa da, bunun nedeni sağlıklı iken, geçerli olarak gerçekleşmiştir. Bu borç gerekli olup, kişi bundan dönmek istese dönemez. Bu, tüm mallar üzerinden geçerli olma bakımından diğer borçlar gibidir. Görmez misin sağlıklı olan bir kimse, satılan bir evde hak sahibi çıkarsa ona evin değerini ödeyeceğine dair bir kişiye kefil olsa, daha sonra da ölüm hastalığına yakalansa, kefillikten olan borç da ödenmesi gerekli duruma gelse, o kişinin bütün malından geçerli olur. Çünkü borcun nedeni, geri dönüşü mümkün olmayan bir biçimde, sağlıklı iken meydana gelmiştir. Bu nedenle de malın tümünden geçerlidir. Çünkü borcun gerekliliği, nedenine dayanır. Burada neden tamamlanıp, borç sağlıklı iken sabit olunca, borcun gerekli olması hükmü de buna dayanmıştır. İşte bu yüzden söz konusu borç, sağlıklı iken sabit olan diğer borçlara denk olmuştur.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

CENİN LEHİNE İKRARDA BULUNMAK

Ana karnında olan çocuk (cenin) lehine yapılan ikrarlar üç türlüdür;

Bir cenin için nedenini belirterek borç ikrarında bulunmak

a) İkrarda bulunan kişinin, borca uygun doğru bir neden belirtmesi durumu; Meselâ bir kimse "falan kadının karnında bulunan çocuğun bende bin dirhemi vardır. Bu dirhemler ona babasından miras olarak kaldı. Ben onları harcadım" veya "Bu dirhemler ona vasiyet olarak kaldı. Ben onları harcadım" derse bu ikrar geçerli olur.

Çünkü bu kişi uygun bir neden belirtmiştir. Biz bu nedeni bizzat görmüş olsaydık, o kişinin anılan parayı vermesi gerektiğine hükmederdik. Durum onun ikrarı ile sabit olduğunda da aynı hüküm geçerlidir. Bu hükmün gerekçesi şudur; Burada ikrar aslında miras bırakan ve vasiyette bulunan kişi lehine yapılmış bir ikrardır. Kişi malı, mirasçıya veya kendisine vasiyet edilen kişiye vermediği sürece mal onun hakkı olmaya devam eder. Aynı şekilde miras bırakan ve vasiyet eden kişiler de, bu kişinin onlar lehine ikrar yapılmasına elverişlidirler. Bu şuna benzer: Bir kimse, "falancanın hayvanına ait bende bin dirhem borç var. Bu borç şuradan kaynaklanmaktadır. Bu hayvanın yemesi için yem vasiyet edildi. Ben ise bu yemleri telef ettim" dese bu ikrar geçerli olur. [17/197]

Kadın, sağ bir çocuk dünyaya getirirse, ikrar edilen mal ona ait olur. Ölü bir çocuk dünyaya getirirse mal ölenin veya vasiyet eden kişinin mirasçılarına verilir. Kadın; biri kız diğeri erkek iki çocuk doğurursa; vasiyet edilen mal, aralarında yarı yarıya bölüştürülür. Miras malı ise, erkek çocuğa iki, kız çocuğa bir pay verilir. Çünkü ikrarda bulunan kişinin borcun nedenini açıklaması kabul edilmektedir.

Belirtilen hükümler, kadın vasiyet eden veya miras bırakan kişinin ölümünden en çok altı ay içinde doğum yaptığında geçerlidir. Bu durumda, vasiyet sırasında veya mirasçı olma zamanında çocuğun ana karnında var olduğu anlaşılır. Kadın ikrarın üstünden altı aydan daha uzun bir zaman geçtikten sonra doğum yaparsa, çocuk bir şey alamaz. Ancak kadın, iddet bekleyen bir kadın ise, en çok iki yıl içinde çocuk doğurursa vasiyet eden ve miras bırakan kişi öldüğünde çocuğun ana karnında olmasına hükmedilmesi ile borcun nedeninin de bulunduğuna hükmedilir.

Cenin için ikrarda bulunanın borca, imkansız bir neden belirtmesi

b) İkrarda bulunan kişinin, borcun olması için imkansız olan bir neden açıklaması. Meselâ "Satın aldığım bir malın bedeli" veya "aldığım borç para nedeniyle falan kadının karnındaki çocuğa bin dirhem borcum vardır" derse bu geçerli olmaz.

Çünkü ceninin ne gerçek anlamda ne de hükmen satış yapması veya borç vermesi düşünülemez. Gerçek anlamda bunun düşünülememesi açıktır. Hükmen düşünülememesine gelince; Hiçbir kimsenin cenin üzerinde veliliği bulunmadığından, bir kimsenin yaptığı kullanım cenin adına yapılmış sayılamaz. Dolayısıyla bu açıdan ona dayandırılamaz. İkrarda bulunan kişinin açıkladığı neden imkansız olduğundan, sözü geçersiz kabul edilir. Bir şey ödemekle de yükümlü olmaz.

Eğer "Bu, bir izinle ikrardan dönme anlamına gelir. İkrardan dönmek ise, ona bitişik de olsa geçerli olmaz" denirse, buna şu şekilde cevap veririz: Durum böyle değildir. Aksine bu olasılık dahilinde olan bir neden açıklama olarak kabul edilir. Kişi bunu hükmü bilmeyen bir kimseye dayandırır. O kişi, tıpkı yeni doğan çocuk üzerinde olduğu gibi, cenin üzerinde de veliliğin geçerli olduğunu sanabilir. Daha sonra bu zannına göre işlem yaparak cenin lehine borç ikrarında bulunur. İkrarın nedeni açıklandığında bunun geçersiz olduğu görülür. Bu durumda ikrarda bulunan kişinin sözü bir açıklama olur. İkrardan dönme anlamına gelmez. Bundan dolayı da bu açıklama kabul edilir.

Cenin için nedeni belirtilmeden borç ikrarı

c) Bir kimsenin ayn (elde var olan bir mal) veya borç olarak kayıtlamadan bir malı cenin lehine ikrar etmesi; Meselâ "falan kadının karnındaki çocuğa bin dirhem borcum vardır" veya "şu mal, falan kadının karnındaki çocuğa aittir" demek gibi

Bu ikrardan sonra, ikrar anında çocuğun ana karnında bulunduğu bilinebilecek bir süre zarfında kadın doğum yapsa, ikrar Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre geçersiz olur. Muhammed (rh.a.)'e göre ise geçerli olur.

Muhammed (rh.a.)'in delili şudur; Akıl sahibi kişinin kayıtlamadan söylediği söz, imkân ölçüsünde doğru bir anlamda anlaşılmaya çalışılır. Çünkü kişinin aklı ve dini, boş şeyleri değil, doğru olan şeyi konuşmaya sevkeder. Bundan dolayı kişinin mutlak olarak yaptığı ikrar geçerli kabul edilir. Bu, ikrar için geçerli bir neden,

açıklama durumu gibi kabul edilir. Çünkü ikrar bir delil olup onu kullanmak mümkün olduğu sürece, geçersiz saymak câiz olmaz. Cenin, doğmuş çocuk hükmünde kabul edilmiştir. Bu nedenle doğru bir neden açıklandığında onun lehine yapılan ikrar geçerli olur. Nitekim cenini özgür kılmak ve özgür kılındığını ikrar etmek geçerlidir. Yine cenin başkasına mirasçı olur, onun lehine vasiyet yapılır. Doğan çocuk lehine mutlak olarak yapılan borç ikrarı nasıl geçerli ise, cenin lehine yapılan mutlak ikrarda da böyledir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un delili ise şudur; Neden belirtmeden borç ikrarında bulunmak, yapılan bir akit ile borcun yüklenilmesi anlamına gelir. Bu durumda kişi, akit ikrarında bulunmuş gibi olur. Çünkü kişinin dini ve aklı, başkasının malını [17/198] tüketmesine engel olur. Akit ile borcu yüklenmeye çağırır. Dolayısıyla kişinin mutlak olarak yaptığı ikrarı bu şekilde yorumlamak gerekir. Görmez misin mufavada ortaklarından birisi neden belirtmeden borç ikrarında bulunduğunda, bu ikrar ortağını da bağlar. Ticaret yapmasına izin verilmiş bir köle, mutlak bir borç ikrarında bulunduğunda ikrarı geçerli olur. Bu borç kendisinden derhal istenir. Bütün bunlar, yapılan ikrar ticari nedenle doğan bir borç olarak yorumlandığında böyle olmaktadır. Bizim meselemizde de mutlak olarak yapılan mal ikrarı, ticari bir nedenle doğan bir borç olarak kabul edilir. İkrar eden kişi ticaret nedeniyle olan bir borcu ikrar etmiş gibi kabul edilir. Ayrıca burada ikrar baştan cenin lehine yapılmaktadır. Oysa cenin, doğarak anasından ayrılmadıkça başlangıçta lehine hak doğmasına elverişli değildir. Bundan dolayı hiç kimse onun adına veli olamaz. Çünkü o, ana karnında bulunduğu sürece annesinin bir parçası konumundadır. Onun özgür kılınması ve lehine vasiyet yapılması konusuna gelince, bu kullanımlar koşula bağlanmaya elverişlidir. Dolayısıyla onun lehine yapılan özgürlük ve vasiyet, doğumundan sonraya dayandırılmış olarak kabul edilir. Nedeni ikrar etmek, ilk olarak cenin lehine hak teklifinde bulunmak anlamına gelmez. Aksine bu gerçekte miras bırakan ve vasiyet eden lehine ikrarda bulunmaktır. Bu ikrar, mirasçı olma ve vasiyet yoluyla onlardan, sağ doğması durumunda cenine geçer. Bu meselede ise cenin lehine mülkiyet doğuran hak teklifinde bulunma söz konusudur. Oysa cenin buna ehil değildir. Dolayısıyla ikrarı yapan kişinin ikrarı geçersiz olur.

Allah daha iyisini bilir.

İKRARDA SEÇİM HAKKINA SAHİP OLMAK

İkrarda muhayyerlik

"Bir kimse birisinden borç aldığını, var olan veya telef olmuş bir malı gasbettiğini, kendisine emanet bırakıldığını veya iğreti olarak aldığını üç gün muhayyer olmak koşuluyla ikrar etse, bu ikrar câiz olur. Seçim hakkı (muhayyerlik) ise geçersizdir. İkrarın câiz olması kişinin "benim

borcumdur" veya "kölem falancaya aittir" gibi bağlayıcı bir söz kullanmış olması nedeniyledir. Seçim hakkı ise geçersizdir".

Çünkü seçim hakkını kullanırsa ikrar da geçersiz olur. Halbuki ikrar konusunda seçim hakkı uygun olmaz. Verilen haber doğru ise, ister seçim hakkını kullansın ister kullanmasın ikrar doğrudur. Haber yalan ise, onun seçim hakkını kullanması ya da kullanmaması ile durum değişmez. Seçim hakkı akitlerde, akdin niteliğinin değişmesi için kullanılır. Bu hakka sahip olan kişi akdi bozmak veya uygulamak konusunda seçim hakkına sahip olmuş olur.

Ayrıca seçim hakkı, akdin hükmünü koşula bağlama anlamına gelir. Oysa ikrar koşula bağlamaya elverişli değildir. Aynı şekilde seçim hakkı (muhayyerlik) koşul koymaya da elverişli olmaz. Şu kadar var ki, koşula bağlama borç doğuran nedenin aslında (kendisinde) söz konusu olmakta, bu da söylenen sözün ikrar olmasını engellemektedir. Seçim hakkı ise, borç doğuran nedenin hükmünde söz konusudur.

Muhayyerlik koşuluyla borç ikrarı

Seçim hakkı geçersiz olunca, yapılan ikrarın hükmü bağlayıcı olmaya devam eder. Bu, şuna benzer; boşamayı bir koşula bağlamak, boşamanın gerçekleşmesini engeller. Seçim hakkına bağlamak ise engellemez. Muhayyerlik konusunda diğer kişinin onu doğrulaması ile yalanlaması eşittir.

Bir kimse satış bedeli olarak ödemesi gereken bir borcu, üç gün seçim hakkına sahip olmak koşuluyla ikrar ederse, durum yukarıda belirttiğimizden farklı olur. Çünkü bu durumda diğer kişi kendisini doğruladığında seçim hakkı sabit olur. Çünkü borcun gerekli olma nedeni akittir. Akit ise seçim hakkına elverişlidir. **[17/199]** Taraflar bu konuda birbirini doğruladığında, bu onlar hakkında gözle görülmüş gibi kabul edilir. Karşı taraf bu kişiyi yalanlarsa seçim hakkının hükmü sabit olmaz. Çünkü mutlak olarak yapılan satım akdinin gereği bağlayıcı olmaktır. Bu satım akdinde seçim hakkının koşul konulduğunu iddia eden kişinin sözü, delil olmadıkça kabul edilmez. Bizim meselemizde ise borcun gerekli olma nedeni borç alma, gasp ve tüketme gibi bir fiildir. Bu fiiller ise seçim hakkının bulunmasına elverişli değildir. Bu gibi durumlarda bizzat seçim hakkının bulunduğu tanıkla bilinse bile seçim hakkı yine geçersiz olur. İşte bundan dolayı taraflar birbirini doğrulasa da seçim hakkı sabit olmaz.

Kefillik ikrarında muhayyerlik koşulu

Bir kimse uzun veya kısa, bilinen bir süre koşuluyla, kefillik gereği sabit olan bir borç ikrarında bulunsa, lehine ikrarda bulunulan kişi bunu doğrularsa, ikrarda bulunanın dediği kabul edilir. Süre sonuna kadar seçim hakkına sahip olur. Çünkü kefillik, seçim hakkı koşul koymaya elverişli bir akittir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı olarak birbirini doğruladıkları şey, onlar hakkında bizzat görme (müşahede) yolu ile sabit olmuş gibi kabul edilir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) satım sözleşmesi ile kefilliği birbirinden ayırarak şöyle demiştir: Satım akdinde üç günden fazla muhayyerlik hakkına sahip olmayı koşul

koymak câiz değildir. Kefillikte ise süre uzun olsa bile bu câizdir. Çünkü kefillik, genişlik gösterilen bir akittir. Görmez misin bu akit bazı bilinmezliklere bağlanabilir. Nitekim bir kimse "Senin falancada ne kadar alacağın varsa benim borcum olsun" deme durumunda veya malın gerçek sahibi çıktığında bunu ödemeye kefil olma durumunda böyledir. Son belirtilen durumda kefillik, malın sahibinin çıkmasına bağlanmıştır. Kefillik bu şekilde koşula bağlamaya elverişli olduğundan, aslında seçim hakkı koşul koymak bu akde uygundur. Dolayısıyla seçim hakkını kullanmak üzere kısa veya uzun bir süreyi, koşul koymak geçerli olur. Satım akdi ise asıl olarak bir koşula bağlanmaya elverişli değildir. Bu bakımdan aslından (kıyasa göre) seçim hakkına sahip olmak da satım akdine uygun değildir.

Biz ise şöyle diyoruz: Kıyasa aykırı olarak, dinde sabit olan süreden daha fazlasını seçim hakkında koşul olarak ileri sürmek câiz olmaz. Bu süre de üç gündür.

Karşı taraf, ikrarda bulunanı seçim hakkı konusunda yalanlasa, ikrar edenin malı ödemesi gerekli olur. Seçim hakkına sahip olduğu konusunda sözü kabul edilmez. Çünkü kefillik akdi, tıpkı mutlak olarak yapılan satım akdinde olduğu gibi bağlayıcıdır. Kefilliğin süreli olması durumu bundan farklıdır. İkrarda bulunan kimse belirli bir süreye kadar borca kefil olduğunu iddia ettiğinde, lehine ikrarda bulunulan kişi onu doğrulamasa bile onun sözü kabul edilir. Çünkü süre, kefillik akdinin gereklerindendir. Görmez misin bir kimse var olan bir borca mutlak olarak kefil olsa, süre kefil hakkında sabit olur. Aynı şekilde kefil olma asıl borçlunun emri ile olduğunda, alacaklının borcu kefilden istemesini gerektirdiği gibi kefilin de borcu asıl borçludan almasını gerektirir. Kefilin asıl borçludaki alacağı, borcu ödemesi vaktine kadar ertelenir. Asıl, kefillik akdinin gereklerinden olduğundan, bu konuda seçim hakkının aksine bunu iddia eden kişinin sözü kabul edilir. Çünkü seçim hakkı, kefillik akdinin gereklerinden değildir. Dolayısıyla bunu iddia eden kişinin sözü bir delil olmadıkça kabul edilmez.

Ticaret yapmasına izin verilen çocuğun ikrarı

Ticaret yapan çocuğun, ticaretle ilgili tüm işlerde yaptığı ikrar geçerlidir. Çünkü ikrar, ticarette kullanılan kullanım türlerindendir. Bu, ticaretle uğraşanın uzak duramayacağı bir durumdur. Çünkü onunla ticarî ilişkisi bulunan kimselerin her işlem için tanık tutmaları imkansızdır. Eğer çocuğun ikrarı geçerli olmazsa insanlar onunla ticaret yapmaktan kaçınırlar. İşte bu nedenle onun ikrarını geçerli saydık.

Baba ve vasînin çocuk aleyhine ikrarı

Baba ve vasînin çocuk adına ikrarda bulunması durumu ise bundan farklıdır. Çünkü onların çocuk adına ikrarda bulunması düşünülemeyeceğinden geçerli olmaz. İkrar bir kimsenin kendi aleyhine olarak yaptığı bir şeydir. Başkası aleyhine ikrar edilen şey ise tanıklık olur. Baba çocuk adına ikrar yapamaz. Ticaret yapmasına izin verilen küçüğün kendisi hakkındaki ikrarı ise geçerlidir. Küçüğün yaptığı ticarette kazandığı veya kendisine babasından kalan bir malda başkasına

[17/200]

borç veya belirli bir malda birisinin hakkı olduğu ikrarında bulunması eşittir. Çünkü çocuğun söz konusu mallar konusundaki ikrarı bu mallarda mülkiyetinin bulunması itibarıyladır. Bu malların tümü ise onun mülkü olma konusunda eşittir. Görmez misin çocuğun bu mallarda diğer kullanımları geçerlidir. İkrarı da böyledir.

"*el-Mücerred*" de Ebû Hanîfe (rh.a.)'den nakledildiğine göre, çocuğun kendisine miras olarak geçen maldaki ikrarı geçerli olmaz. Çünkü ikrarın geçerli olması, ihtiyaç nedeniyle, onun ticaretle elde ettiği mallarda söz konusudur. Babasından miras olarak geçen malda ise böyle bir ihtiyaç bulunmamaktadır. En doğrusu Muhammed (rh.a.)'in "*el-Asl*" adlı kitapta belirttiği görüştür. Çünkü çocuğun, ticarete izin verilmesiyle ticaret kapsamında olan işlerde kısıtlılığının kalkmış olması, tıpkı ergenlik çağına girmesiyle kısıtlılığın kalkması gibi kabul edilir. Daha önce açıkladığımız üzere ticaretle ilgili işlerde yapacağı ikrar geçerlidir.

Çocuğun babası aleyhine borç ikrarında bulunması

Aynı şekilde ticaret yapmasına izin verilen çocuğun babası adına borç ikrarında bulunması geçerlidir. Çünkü o, ikrarının geçerli olması hükmü bakımından yetişkin kişi hükmündedir. Bilindiği gibi yetişkin bir kimse, babasının borcunu ikrar etse, bu ikrar geçerli olur. Babaya mirasçı olan diğer kimseler babalarının borcu olduğunu inkar ederlerse, borcun tümü babası adına ikrarda bulunan çocuktan alınır. Ticaret yapmasına izin verildikten sonra yaptığı ikrarda da aynı durum söz konusudur.

Çocuk kendisi aleyhine mehir, cinayetten doğan diyet veya kefillik nedeniyle olan bir borç ikrarında bulunsa bunlardan hiçbiri geçerli olmaz. Çünkü belirtilen nedenlerin hiçbirisi ticari işlerden değildir. Ticari işlerden olmayan şeylerde çocukluk durumu devam ettiğinden kısıtlılık da devam eder. Görmez misin mufavada ortaklarından birisi mehir, cinayetten doğan diyet ikrarında bulunsa, bu borç diğer ortaktan istenemez. Ancak mutlak bir borç ikrarında bulunursa bu borç diğer ortaktan istenir. Bu mesele de bunun benzeridir. Çocuk açısından kefillikle borç altına girme, mehir borcu ve cinayetten doğan diyet gibidir. Çünkü bu borç ilk olarak sabit olur. Daha önce açıkladığımız mufavada ortağının durumu ise bundan farklıdır.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

KARMA İNDEKS

A

âmm, 41
âmme, 217
arızî, 44
âriyet, 52, 126
asabe, 75, 183
avl, 78, 121
ayn, 44, 60, 290
azil, 143
azimet, 280

B

bağış, 87
bâin, 230, 232, 238, 242, 255
berâet-i zimmet, 44
beyân-ı takrîr, 270
beyyine, 40, 45
bezl, 49, 250, 251

C

cehalet, 56, 134, 272
cenin, 289
cevâmiu'l-kelim, 39
cübrân, 32

D

dârülharp, 190
dâva, 39
dâvacı, 44
dâvalı, 44
delil, 56, 87

E

erş, 32, 148, 235, 287
evlilik, 77

F

farz, 75
fâsid, 41, 192, 233
fasl-ı hitâb, 39
firâş, 102, 116, 142, 167, 184, 194, 202, 208, 215, 232
fuzûlî, 122

G

gâsıp, 272
gasp, 270

H

hacb, 73, 77
hacr, 165, 174, 218, 222
hakku'l-karâr, 132
halvet, 224
hamîl, 169
hariç, 249
hasım, 44, 278
hıdâne, 102, 103
hıyârı ıtk, 194
hikmet, 39
hilâfet, 24
hul', 242
hulu', 4, 5, 271

hüccet, 45
hürmet-i musahara, 143

İ

ibrâ, 7, 16, 45
iddet, 74, 230
ihrâz, 187
ikrâr, 49
îlâ, 2, 250
innîn, 65
inşâ, 279
Istibra, 225
istidrâk, 277
istifrâş, 143, 225
istila, 3
istilâd, 146, 153, 165
istishâb, 185
istishâb-ı hal, 51
istisna, 279
ittisâl-i terbî', 127

K

kasâme, 48
kelâle, 76
keylî, 98
kitâbet akdi, 248
köle, 4

L

lağv, 280, 284
lakît, 117, 186
liân, 47, 101, 140, 152, 192, 224

M

mağrûr, 146, 167, 176
maraz-ı mevt, 145
mecûsî, 192, 236
mesele-i minberiyye, 78
mevkûf, 158, 160, 181, 210, 215, 221
mevlâ'l-ıtâka, 169
milk-i müt'a, 215
milk-i yed, 248
milk-i yemin, 233
mirasçı, 63
mudâ, 43, 63
mudârib, 265
mufâvada, 285
muhâbât, 220
muhayyerlik, 291
muhikk, 39
muhsan, 30, 101, 228
mukarrarun leh, 273
mûsâ leh, 24, 262
mübâhele, 240
Müddaî, 39
müddeâ aleyh, 40
müdebber, 11, 81, 89, 249
mükâtebe, 12
mükâtebe akdi, 117
müphem, 274
mürted, 43, 70, 71, 160, 179, 180, 191, 236, 278
müste'men, 43, 210, 278
müşâhede, 292
müt'a, 6, 9, 33
mütekavvim, 3, 31, 33, 153, 180, 271
müvâlât akdi, 172

N

nefiy, 47, 49
nefs-i emmâre, 268
nifas, 236
Nikah, 87
nitâc, 46, 92, 116
nükûl, 41, 43, 47, 250

Ö

ölü, 64

R

rakabe, 184
rec'at, 231
red, 75
rehin, 87
rıtl, 17
ric'at, 250
ric'î, 230, 241

S

sahih, 41, 224
sakatat, 93, 111
sıhriyet, 143

Ş

şayi, 85, 91
şey, 270
şuf'a, 83
şuyû, 85

T

tahsis, 41
tanıklık, 51
teâruz, 47
teçhiz, 218
tekfîn, 218

U

ukr, 25, 164, 169, 175, 178, 212, 252

U

ümmü veled, 178, 181

V

vasî, 44, 266
vedîa, 43, 44
vekalet bi'l-husûme, 139
vekil bi'l-husûme, 139
velâ, 11, 21, 118, 148, 249
velâyet, 210
veznî, 98

Y

yed-i husûmet, 52
yemin, 42, 43

Z

zevce, 77
zilyet, 40, 42, 43, 44, 52, 273
zilyetlik, 51, 245